SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

SCRITTI GERMANICI

DI

DIRITTO CRIMINALE

TOMO I.

LIVORNO
ANDREA NANNI EDITORE.
MDCCCXLVI.

Fintantochè i giuristi tedeschi scrissero latinamente, le opere loro esercitarono grandissima autorità così nelle nostre scuole, come ne' nostri tribunali: ma dopo che nella loro lingua natia, perfezionata con ammirabile celerità, ritrovarono un instrumento efficacissimo a manifestare con forme vive la vita della scienza; le dotte loro scritture son quasi divenute per noi un tesoro sepolto. Il quale in vero, se si è da poco in qua incominciato a scoprire nelle materie del diritto civile, ci rimane tuttora intieramente nascoso in quelle del criminale. E ciò dee fare tanto maggior meraviglia, perchè niuna parte delle discipline giuridiche è stata, almeno dai principj del secolo, coltivata più di questa in Germania: dove non solamente è comparso alla pubblica luce un numero quasi prodigioso di compendj e di elementi di diritto criminale comune per uso scolastico,

ma ancora di opere critiche di politica e di giurisprudenza penale, queste suggerite dal bisogno di restituire la loro immagine ai principj, che erano stati dalla pratica disfigurati, quelle dal desiderio di discutere con libero esame le massime, che doveano servire di base ai codici nuovi.

Mi è sembrato perciò, che non dovesse riuscire ingrata la presente raccolta, la quale è stata da me intrapresa con la doppia mira di servire ad un tempo all'utilità degli studj e del foro.

I giovani, che danno opera ad imparare la giurisprudenza, troveranno qui di che fecondare molte cognizioni, che possono solamente in germe ricevere dalla cattedra, e saranno animati da gravissimi esempj a nutrire di dottrina positiva le forze naturali dell'ingegno. Nè tornerà forse discaro a coloro fra i nostri, che generosamente intendono ai progressi ulteriori di questa nobilissima parte di pubblico diritto, il trovar qui, se non altro, citate moltissime opere, di cui per avventura può loro tornar profittevole la notizia. Imperocchè tutte quante le scienze avanzano per gli sforzi riuniti delle varie nazioni, che le coltivano: nè v'ha potente intelletto, che possa ragionevolmente confidarsi di promuovere un ramo qualunque dell'umano sapere, se prima non conosce quello, che col medesimo spirito è stato già fatto da' suoi predecessori.

Mi giova parimente sperare, che questi scritti

germanici saranno ancora di qualche soccorso all'amministrazione della giustizia penale : come quelli, che contengono molte profonde ricerche di diritto romano, e somministrano eccellenti principj per risolvere non poche quistioni spinose, che la pratica di continuo presenta al giudizio de' tribunali.

F. A. Mori.

INDICE

DEGLI SCRITTI CONTENUTI IN QUESTO TOMO

I

INTORNO ALLA DOTTRINA DELL'IMPUTAZIONE DEI DELITTI (DISSERTAZIONE DI *KLEINSCHROD*, ESTRATTA DAL TOMO I. FASC. I. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Chiunque studia la moderna letteratura del diritto penale, si convincerà facilmente, che la dottrina dell'imputazione giuridica dei delitti non è ancora ridotta a fermi ed efficaci principj. La causa delle varie maniere di vedere può dipendere in parte dal non aver distinto abbastanza l'imputazione morale dalla giuridica; in parte dall'avere onninamente bandito dal diritto penale i principj della morale imputazione, e dall'aver creduto, che i delitti si dovessero giudicare affatto diversamente dalle altre azioni umane; in parte dall'aver mescolato i principj, coi quali il legislatore imputa un'azione, quando emana contro di essa una legge penale, con quelli, che dee seguitare il giudice, quando gli fa d'uopo decidere di un delitto secondo le leggi e sottoporlo alla pena. Io ho già esposto la dottrina dell'imputazione dei delitti nella prima parte del mio sviluppo sistematico delle idee e delle verità fondamentali del diritto penale: ma lo studio di alcune opere moderne ha esteso in al-

cuni punti, ed in altri mutato il mio convincimento. Mi sia lecito dunque di presentare il mio modo attuale di vedere intorno a questo argumento.

§. 2.

Il verbo *imputare* si prende troppo materialmente quando s' intende, che significhi dichiarare alcuno autore di un' azione; imperocchè nulla ancor si deduce da questa dichiarazione, considerata di per sè sola. Io posso in fatti essere autore di un' azione, senza che si possa chiamarmene responsabile, o dedurne favore, o disfavore, a pro mio, o contro di me. È autore di un' azione anche quegli, che la eseguisce in pieno difetto di ragione, o per necessità inevitabile. del quale agente non si può dire, se non che ha commesso l' azione, senza che sia dato dedurre alcuna conseguenza a pro suo, o contro di lui. Se si vuole esporre praticamente l' idea dell' imputazione, bisogna guardare al motivo, per cui la medesima avviene. Nè lo scopo di ciò può esser altro, che quello di attribuire ad alcuno le conseguenze della sua azione, per dichiararlo responsabile di essa, e così, se egli ha violato la legge, per punirlo, o costringerlo almeno al risarcimento del danno. Ma uno può essere responsabile della propria azione solamente allorchè la intraprese elettivamente, quando potè cioè tanto ometterla, quanto commetterla. Imperocchè se uno opera per necessità inevitabile, non soggiace ad alcuna responsabilità, in quanto che fu costretto ad operare in quel modo. Obietto dunque d' imputazione non può essere, che un' azione, od una omissione elettiva. Quando si applica l' imputazione al delitto, ciò si fa solamente per motivo di applicare al medesimo la legge penale. L' applicazion della legge presuppone, che uno conoscesse la sua

disposizione, o la potesse e dovesse conoscere; che potesse giudicare la propria azione a tenor della legge; e che si determinasse elettivamente all' azione illegale. L' imputazione di un delitto contiene dunque il giudizio, che uno abbia elettivamente violato la legge penale, o ciò avvenisse intenzionalmente, o per inavvertenza. Con che concorda ciò che dice Almedingen (1), che cioè imputare vale dichiarare, che uno sia stato autore di una mutazione nel mondo esteriore, con coscienza ed elezione. Bensì reputo superflua la doppia espressione *coscienza* ed *elezione*, comechè ogni elezione contenga in sè la coscienza; ed inoltre la espressione di *mutazione* nel *mondo esteriore* è troppo ristretta; perocchè si possono imputare anche le omissioni, le quali non vanno comprese entro quella formula, a meno che non se ne voglia soverchiamente allargare il significato.

§. 3.

Nell' idea dell' imputazione non è necessario inchiudere, che uno debba rispondere delle conseguenze della propria azione (2). Questa responsabilità è una conseguenza, che deduce il giudice dall' imputazione, quando questa è piena. Ma le conseguenze di una azione non si vogliono inchiudere nella nozione, che non dee propriamente esporre, che gli elementi essenziali. Ed appunto perchè questa responsabilità si possa meglio dedurre dalla imputazione, io ho preferito la sovraccennata nozione di essa. Se si pone il giudizio, che un dato uomo ha violato elettivamente la legge penale, sorge di per sè, che questa legge si deve applicare contro di

(1) Esposizione dell' imputazione giuridica pag. 28.

(2) Grolmann Fondamento del diritto e della legislazione penale p. 123. — Bergk Filosofia del diritto penale p. 286-87.

lui. Il giudizio, che si contiene in ogni imputazione, è propriamente duplice; perchè si dichiara, che un dato individuo è autore di un' azione, e che questa azione è contraria alla legge. Il secondo giudizio si può ancora immaginar separato dal primo. Si può estimare un' azione, senza riferirla al suo autore: ma questa seconda operazione sarà sempre incompiuta. Imperocchè non si può dichiarare alcuna azione in sè stessa come delitto, se non si ha riguardo al suo autore; avvegnachè la medesima prenda la qualità di delitto solamente in virtù del dolo o della colpa di chi la commise. Amendue i giudizj si possono dunque separare in teorica, ma si debbono sempre riunire, quando si vuole praticamente applicare l' imputazione, e farne fondamento di ricognizione giuridica.

§. 4.

È stato già notato sovente, che l' imputazione si parte in giuridica ed in morale, e che quella si riferisce alla legge del diritto, questa, alla legge dei costumi. L' attributo di *morale* può avere un doppio significato; chè ora si prende in contrapposto al fisico, ed ora si ristringe solamente a ciò, che appartiene alla legge dei costumi, e che discende da essa. Lo presero nel primo senso gli antichi scrittori, che si occuparono della dottrina dell' imputazione: ed in questo rispetto non è fondato il rimprovero, che loro si fa, di avere applicato al delitto le regole della legge morale. Essi in fatti non dedussero i principj dell' imputazione morale dalla sola legge dei costumi, e non fecero uso dell' espressione *imputazione morale* soltanto in relazione a quella legge: ma piantarono piuttosto dei principj, secondo i quali si potessero in genere giudicare le azioni elettive degli uomini. Così distinsero le azioni umane in quelle, che na-

scono da semplice necessità fisica, ed in quelle che si eseguiscono con elezione, e chiamarono morali solamente le ultime, tuttochè non tanto procedano dal fisico, quanto dall' ordine morale delle cose.

Modernamente si è cominciato a ristringere l' imputazione morale alla legge dei costumi, ed a chiamar giuridica l' imputazione, che dipende da principj meramente giuridici. In che l' una differisca dall' altra è stato esposto assai compiutamente e profondamente da Almedingen (3). Il punto principale stà qui. Allorchè s' imputa giuridicamente un' azione, ciò si fa per applicare una legge. I delitti s' imputano, per punirli secondo la legge. A ciò è solamente mestieri, che l' autore abbia conosciuto la legge penale, o che potesse e dovesse conoscerla. Non occorre, che il giudice proceda con le sue investigazioni più oltre. Gl' impulsi, che partorirono l' azione, sono per lui d' ordinario indifferenti, tostochè apparisca il dolo, o la colpa. Qualunque possa essere il motivo, onde nacque l' omicidio, od il furto, esso è sempre un delitto, quando fu elettivamente commesso. Ma il moralista procede più oltre nell' imputazione; perchè è suo scopo determinare tutto quanto il carattere di un uomo, e la sua indegnità maggiore, o minore. A lui dunque non basta il sapere, se un' azione fu intrapresa con la coscienza della legge morale, o senza: egli dee ricercare ancora tutti i motivi dell' azione, per vedere se faccia più o men pregiudizio al carattere; avvegnachè più da questi, che dall' azione considerata per sè sola, si possa dedurre la maggiore o minore immoralità, o rimproverabilità dell' intiero carattere. Per esempio il furto è per la legge giuridica lo stesso, o nasca da povertà, o da tendenza a vivere lauta-

(3) l. c. pag. 32-34, 174-85 — Tittmann Compendio del diritto penale, parte I pag. 219 e segg.

mente: ma il moralista scusa più il primo, che il secondo; perchè quello pregiudica più di questo all'intiero carattere. Perciò il moralista ammette, come base di mitigazione, diversi gradi anche nel fatto compiutamente eseguito: i quali sono rigettati d'ordinario dal giudice. In fatti dimostra chiaramente una minor corruzione di carattere quegli, che sinceramente si pente di una azione immorale. Diversa è la cosa pel giudice, il quale si occupa solamente di valutare un'azione particolare, senza prendersi cura del rimanente carattere del delinquente. Verificato una volta l'omicidio intenzionale; l'autore si punisce come omicida, sia pur buono, o cattivo il suo morale carattere. Quindi la imputazione giuridica è incomparabilmente più facile della morale; perchè la prima s'ingerisce solamente di obietti esterni, ed esternamente riconoscibili, mentre la seconda va investigando gl'impulsi dell'azione, che stanno nell'interno, e non hanno caratteri esteriormente riconoscibili. La quale ultima circostanza dimostra ancora, che l'imputazione morale non è applicabile al giudizio penale. La legge giuridica si dirige semplicemente alle azioni esterne, o per prevenirle, o per farle accadere. Essa minaccia delle pene solamente per indurre gli uomini a conformare le loro azioni esterne con le sue disposizioni. Non può darsi quasi alcuna cura dei sentimenti interni degli uomini, perchè si occupa semplicemente di conservare l'ordine esterno, che non può essere offeso che da azioni esterne. Ed appunto perciò il giudice penale, come esecutore della legge giuridica, può prendere per oggetto delle sue investigazioni, e delle sue decisioni, solamente quello che è esterno ed esternamente riconoscibile (4). Ciò è richiesto per un lato dallo

(4) Almedingen pag. 39. e seg.

spirito, e dalio scopo della legge giuridica, che è solamente diretta alle azioni esterne: e dall'altro lato il giudice può sottoporre alle sue considerazioni soltanto quello, che si può pienamente provare. Or tutto questo è escogitabile nei soli obietti esterni, e non già negl'interni sentimenti, e negl'impulsi di un'azione. A ciò si aggiugne anche un altro riguardo. Le pene, in quanto sono mali corporei, non possono mutare l'interno convincimento degli uomini, ma solamente indurli a conformare le loro azioni esterne con la legge. Il giudice dunque non può profferir sentenza dei sentimenti e degl'impulsi interni, perchè non ha il potere di mutarli. Anche per la prova del delitto, come azione esterna, il giudice non ha bisogno d'investigar questo punto. In fatti all'obietto della prova possono servir solamente dei punti esternamente riconoscibili, ed una volta che l'azione esterna è pienamente accertata, non hanno alcuna importanza gl'interni sentimenti e motivi del fatto.

§. 5.

Nel rispetto pratico intercede una gran differenza fra l'imputazione, di cui si serve il legislatore, e quella, onde si vale il giudice. Quando il legislatore minaccia di pena un delitto, la determina secondo il capitale riguardo del maggiore, o minor pregiudizio, che quel delitto medesimo può arrecare al pubblico stato giuridico, scopo principalissimo del civile consorzio. Per l'applicazione della pena ordinaria egli presuppone, che il fatto venga eseguito con elezione, e con cognizione della legge penale. Ma le modificazioni di questa pena ordinaria vengono determinate dal legislatore dietro certi punti, che hanno relazione col pubblico stato giuridico, e che fanno sì, che l'atto obiettivamente considerato, sia più,

o meno dannoso, e pericoloso. Ma il legislatore in ciò non ha riguardo, che a que' punti, che sono esternamente riconoscibili, e che concernono o la coscienza più o meno chiara del delinquente, o la maggiore o minore nocevolezza del fatto.

Ma incomparabilmente minore è il potere del giudice nella imputazion dei delitti, per applicare la legge penale. Il giudice dee semplicemente investigare, se esiste quella elezione e quella coscienza, che il legislatore presuppose. Sotto di questa s' intende quella ordinaria coscienza, in grazia della quale l' autore seppe ciò che fece, e conobbe il divieto della legge penale. Se questa coscienza esiste, il giudice deve applicare la pena ordinaria: ma egli non può di per sè, nè scemarla, nè accrescerla, se il delinquente operò con più o meno di coscienza. Imperocchè, quando il legislatore non colpisce con più, o meno di pena queste modificazioni della coscienza, ciò non può esser fatto neppure dal giudice, al quale incombe la semplice applicazion della legge. Il punto di vista del legislatore è dunque nella imputazione incomparabilmente più esteso. Per lui sono importanti i varj gradi di elezione, di coscienza, di riflessione, e di avvertenza, perchè da questi si può dedurre il maggiore, o minor pericolo del delitto, da cui risultano le modificazioni della pena ordinaria, e della sua elevazione, o diminuzione.

§. 6.

Il principio della imputazione può esser duplice, e riposare sulla quantità obiettiva della violazione del diritto, e sopra i motivi subiettivi, più o meno pericolosi, del fatto. Io credo, che il primo punto sia più importante del secondo. Il primo constituisce il riguardo

capitale: il secondo non può, per vero dire, trascurarsi, ma debb' essere subordinato al primo. Questo fa propriamente la regola; quello l' eccezione. Se noi conveniamo, che la conservazione del pubblico stato giuridico sia lo scopo capitale della legge penale; se è vero, che il giudice penale possa sentenziare solamente di ciò, che è esternamente riconoscibile, perchè l' occhio limitato dell' uomo non è in grado d' indagare l' interno; si andrà convinti della verità della tesi, ch' io pongo. Quando il legislatore determina la pena ordinaria di un delitto, egli dee necessariamente guardare alla quantità obiettiva della violazion del diritto. È ufficio suo investigare, in qual grado un misfatto offenda il pubblico stato giuridico; esaminare in qual ragione stia quella categoria di delitti con questa; di quanto, per esempio, l' alto tradimento sia più grave dell' omicidio; di quanto l' omicidio sia più punibile del furto, e così di seguito. Ai motivi subiettivi del fatto il legislatore non può avere alcun riguardo; parte perchè stanno ascosi nell' interno, e spesso non sono esternamente riconoscibili; parte perchè sono troppo ineguali e diversi, onde, se si volesse determinare una pena contro ogni speciale motivo, sarebbe necessaria, per ogni maleficio, una moltitudine di leggi; parte, e singolarmente, perchè i motivi subiettivi di un' azione non hanno assai sovente che fare col pubblico stato giuridico. Se l' omicidio è commesso per vendetta, o per gelosia; se il furto per povertà, o per ozio; è cosa indifferente pel pubblico stato giuridico. I motivi del fatto sono importanti soltanto pel legislatore, se apportano significanti modificazioni alla quantità obiettiva della violazione del diritto, se hanno una reale influenza sul pubblico stato giuridico. Questo accade quando manifestamente risulta, che le azioni, in virtù di questi motivi, sono

più, o meno pericolose allo stato giuridico. Il che induce il legislatore ad avere un riguardo subordinato a sì fatti motivi, e a mitigare, o ad aggravare la pena ordinaria secondo i medesimi. Ciò premesso, sarà vero, che quando il legislatore minaccia la pena ordinaria, presuppone, che il delitto è un' azione umana, cioè che è stato elettivamente intrapreso. Or se il giudice vuole imputare l' azione, non deve oltrepassare quei limiti, che la legge gli ha designati. Dunque egli deve semplicemente indagare, se il maleficio fu commesso con elezione. Se questo è, il giudice penale non ha d' uopo di alcuna ulteriore investigazione: egli nient' altro dee fare, che dichiarare punibile l' autore dell' azione. Ho detto, che la legge non presuppone per imputare, se non che il delitto sia stato eseguito con elezione. Se ciò si ammette, si dee concedere ancora, che l' azione fu commessa con coscienza. Ma viceversa non si può dire generalmente, che un' azione eseguita con coscienza sia pure elettiva. S' immagini, che uno mi minacci un gran male, se io non commetterò questo, o quel delitto, e che io non possa evitar la minaccia, che sottoponendomi alla volontà dell' altro. In tal caso io commetto l' azione con coscienza, ma senza elezione. Il giudice dunque, per imputare, d' altro non ha d' uopo, che d' investigare, e di determinare, se l' azione fu commessa con elezione. Per regola non è necessario, che il giudice abbia riguardo ai motivi subiettivi del fatto, quando la legge non ve lo richiama specialmente. Talora in fatti il legislatore modifica la pena ordinaria secondo i particolari motivi di un atto. Ciò accade, quando, come fu notato di sopra, questi motivi hanno una relazione importante col pubblico stato giuridico, o quando, che è lo stesso, viene per essi elevata, o abbassata la quantità obiettiva della violazione del dritto. Così per esem-

pio si puniscono dalle leggi più lievemente le azioni, che nascono da passione, o da ubriachezza, perchè gli agenti operarono con minore elezione, e sono perciò meno pericolosi al pubblico stato giuridico. Una special crudeltà nell'esecuzione del fatto, ne accresce la penalità; perchè quegli, che vi si lascia trasportare, è più pericoloso al pubblico stato giuridico. Ma anche quando il legislatore modifica la pena secondo i motivi del fatto, ciò accade solamente per quelli, che sono esternamente riconoscibili, come sono la passione, l'ubriachezza, la violenza, e simili. E questi motivi poi non formano il capitale riguardo, per cui il legislatore constituisce la pena ordinaria, ma solamente modificano la pena principale, che è sempre determinata secondo la gravità obiettiva del delitto. Or se la legge ha contemplato i motivi subiettivi dell'atto, e constituite a tenore di essi delle pene speciali; egli è ufficio del giudice, come esecutor delle leggi, d'investigare, se i medesimi, di quella specie, che la legge ammette, ricorrano nel caso concreto: e, dove ciò sia, far sì che spieghino sull'imputazione l'efficacia, che la legge ha voluto.

§. 7.

Dunque, secondo lo spirito di una buona legislazione, i punti, che servon di base all'imputazione giuridica, son d'ordinario obiettivi; perchè il legislatore si deve occupare dell'universale, cioè di conservare il pubblico stato giuridico. Dunque i riguardi subiettivi non sono importanti per lui, che quando si riferiscono immediatamente allo stato giuridico generale. Simili considerazioni debbono guidare il giudice: il quale non può indagare i motivi subiettivi, e trarne profitto per la imputaziane, che in quanto glielo ha permesso la legge.

Con questi principj si stabilísce, siccome io credo, l'unità del punto di vista, che desidera Dressler (5) in questa dottrina. Egli domanda, dietro quali massime si debba relativamente determinare la penalità; se dietro la quantità obiettiva della violazion del diritto, o dietro i subiettivi interni motivi del fatto; ed in che stia l'unità del punto di vista in questa dottrina. Questa unità non si può ritrovare, che quando si guardi più che è possibile alla quantità obiettiva del fatto, e si faccia attenzione ai motivi subiettivi solamente in quanto esercitino un'influenza notevole sul pubblico stato giuridico. Il giudice in fatti non si deve occupare, che di azioni singolari. Di rado egli è in grado di studiare tutto quanto il carattere morale dell'incolpato. Non può entrare nei motivi interni del fatto; perchè non può confrontarlo con l'intiero carattere dell'uomo, e con le sue relazioni individuali. E solamente per via di tali operazioni uno sarebbe in grado di dedurre dai motivi del fatto con piene e convincenti conclusioni il maggiore o minor pericolo del delinquente. Ma ancorchè il giudice potesse arrivare a conoscere tutto quanto il carattere del delinquente, egli oprerebbe contro lo spirito delle leggi, se volesse nell'imputazione aver dei riguardi, meramente subiettivi, ai motivi del fatto, ed all'indole dell'incolpato. La legge non determina la pena ad un maleficio, secondo il pericolo di ogni singolo delinquenta, ma secondo le vedute obiettive di maggior, o minore offesa, che quella data categoria di maleficj cagiona al pubblico stato giuridico. Quando la legge dice, che la pena ordinaria dell'omicidio debb' esser la morte;

(5) Idee per la legislazione criminale, con osservazioni critiche sopra il progetto di un nuovo codice penale per la Baviera, parte I. pag. 46.

ogni omicida di proposito dee soggiacere ad essa, ancorchè un incolpato fosse meno pericoloso, ancorchè il suo morale carattere, fatta eccezione dell' omicidio, potesse esser buono. Il giudice dunque, nell' imputare il delitto, dee regolarsi secondo lo spirito delle leggi. Egli non può guardare ai motivi subiettivi, o al carattere del delinquente, ma solamente al punto di vista obiettivo, che gli ha designato la legge.

§. 8.

Per queste ragioni io non posso assentire a Dressler (6), che con molta acutezza, e con vedute nuove ha trattato la dottrina dell' imputazione, ma ha dato troppo peso, almeno a mio parere, ai riguardi subiettivi. Egli parte dal punto, che ogni violazion del diritto autorizzi lo Stato a privare della intiera libertà civile, come quella, che viene assicurata sotto la condizione di operare in conformità con la legge, purchè il delinquente, mediante l' indole della sua libertà, non potesse giustamente pretendere l' esistenza giuridica per l' avvenire. Io non posso riconoscere questo principio, perchè non ogni violazione del dritto è così pericolosa al pubblico stato giuridico, che la privazione della libertà civile debba esser sempre decretata. Inoltre il detto scrittore vuol far dipendere la restituzione della libertà civile dalla possibilità, che in futuro il delinquente ridoventi, o non ridoventi capace d' una esistenza giuridica. Quanto di vacillante e d' indeterminato si trovi in questa possibilità, a quante difficoltà vada incontro l' applicazione di questi principj, è più aperto, che abbisogni dell' opera della prova. La giustizia e la efficacia

(6) l. c. pag. 53-78.

della legge penale dee dipendere dalla relazione del fatto particolare con l' intiera esistenza umana nella sua libertà, ed in tutti i legami, che uniscono il fatto particolare alla libertà dell' uomo, questa all' umanità, e l' umanità ad una più sublime necessità. Ma l' umano legislatore sarà egli in grado di raggiugnere tanta idealità? Non si troverebbe egli intrigato, dovendosi occupare di punti, che stanno nell' interno, e che si sottraggono alle limitate investigazioni dello spirito umano? La necessaria semplicità e determinazione delle leggi penali non verrebbe a soffrire assai, quando si dovessero applicare questi principj? Il legislatore punisce l' uomo, non per cagione del suo depravato carattere, o de' suoi cattivi principj, ma solamente perchè ha commesso un dato delitto. Anche l' uomo, che per ogni restante fosse il migliore, dee soggiacere alla pena, tostochè trasgredisce la legge. A che dunque sieno necessarie tutte le relazioni suddette, io non lo veggo. La pena dee riferirsi assolutamente alla quantità dell' offesa del pubblico stato giuridico: nè occorre di più. A ciò si aggiugne, che le pene sono mali, onde non sono adattate a formare un apparecchio di miglioramento, come l' autore desidera.

Quando una pena vien mitigata per cause subiettive, pensa l' autore, che ciò non avvenga per via di minore penalità, o di pericolo minore del fatto, ma solamente per via della maggiore o minore ostinazione del delinquente in quello stato di animo, che lo rende incapace della piena esistenza civile. Questa ostinazione per altro, si dice inoltre, non può prevedersi dalla legge per ogni singolo caso, ma può dedursi solamente dall' esperienza. — Ma quale esperienza potrà in ogni singolo caso insegnarci, quanto sia per durare quella ostinazione in ogni singolo delinquente? Può darsi, che

uno abbia vissuto sempre ordinatamente e legalmente, il quale venga indotto una volta dalla vendetta ad un omicidio; che lo commetta con coscienza e riflessione; e che tosto ritorni all'ordine legale, perchè la sua vendetta è saziata. Si dovrà ammettere una pena più mite, perchè la suddetta ostinazione del delinquente fu qui passeggiera? Niuno lo potrà con fondamento affermare. Ed io ho già mostrato di sopra, che i riguardi subiettivi non influiscono, che per eccezione, sulla quantità della pena. Quando dunque dice l'autore, che la legge dee stabilire la pena secondo la misura puramente obiettiva, ma che l'applicazion della pena medesima, rispetto alla sua specie ed alla sua durata, dee stare in ragione della giustizia subiettiva del delinquente, del grado della sua disposizione illegale, e del suo civile miglioramento, io non posso accordarmi con lui; perchè la investigazione di questi punti concerne l'interno dell'uomo, le sue massime, ed i suoi sentimenti; perchè solamente per essa si potrebbe verificare la giustizia subiettiva di lui, la sua disposizione illegale, ed il suo civile miglioramento. Ma l'esame dell'interno è sottratto alla sfera dell'umana virtù: e, dove si volesse instituire, s'introdurrebbe una moltitudine mostruosa d'incertezze e d'indeterminazioni, e tutto anderebbe il più delle volte a degenerare in un arbitrio sfrenato.

Se noi raccogliamo tutto quello, che si è detto sinora, si rileva, che il giudice non dee partire nell'imputazione da altro principio, che da quello, che la legge gli ha designato; che, quando il legislatore imputa un delitto, lo fa d'ordinario secondo riguardi obiettivi, ossia secondo la quantità dell'offesa del pubblico stato giuridico, e presuppone in ogni caso particolare, che l'azione sia umana, vale a dire intrapresa con elezione. Il giudice dunque dee ricercare soltanto, se questa ele-

zione sia intervenuta, o no. Talora il legislatore volge ancora lo sguardo a certi motivi subiettivi, ed a tenore di essi aggrava o diminuisce la pena ordinaria. Allora è dovere del giudice aver riguardo ancora a questi punti subiettivi, e verificarne l'esistenza, per sodisfare anche in ciò al voto della legge.

§. 9.

Sono obietto d'imputazione tutte le azioni illecite, intraprese con elezione. L'autore debb'essere stato in grado di eleggere fra l'azione e l'omissione, e di determinarsi spontaneamente all'azione; imperocchè appunto questa determinazione spontanea, che egli avrebbe potuto omettere, lo rende punibile, e forma la condizione, senza di cui non può esser punito. Se uno opera in questo modo, fa uso della propria ragione per eleggere fra la commissione e l'omissione, ossia per determinarsi alla prima. In questo senso io ho piantato in un altro luogo la massima (7), che l'azione debb'esser commessa con l'uso della ragione, affinchè sia pienamente punibile; poichè senza uso di ragione, non è escogitabile alcuna elezione. Per questo modo cadono le obiezioni, che Dressler (8) ha fatte contro questa massima. Io non intendo per uso di ragione l'energia della volontà, e la libertà dello spirito in senso pieno, sebbene nn qualche grado di essa certamente si richieda per l'elezione: intendo anche meno la sola coscienza; perchè, come ho detto di sopra, la coscienza può stare anche senza elezione. Non richiedo neppure uno stato niente appassionato: ancorchè la passione vi sia, basta che non abbia tanta forza, da abolire la facoltà di eleggere. Tutto que-

(7) Progetto di un codice penale per la Baviera §. 17.
(8) l. c. pag. 57. e seg.

sto viene a dire, che per la imputazione, e per la penalità, noi non richiediamo altro, che la elezione, la quale presuppone soltanto la comune ragione umana. Da ciò risulta, che i sentimenti, le opinioni, e i pensieri sono esclusi dall' imputazione; e perchè non dipendono dalla nostra elezione, e perchè non sono esternamente riconoscibili. Le massime, i principj, e le azioni hanno radice nella nostra elezione: ma solamente le ultime sosono esternamente riconoscibili; dunque le sole azioni si possono imputare (9). Or siccome i delitti si debbono giudicare, come azioni umane; siccome l'uomo, diventando membro dello Stato, non ha mutato la sua natura; così egli non dovrà stimarsi responsabile, che quando avrà potuto astenersi, ed intraprendere. Perciò la elezione si ammette, qual condizione fondamentale di ogni imputazione: ed in questa elezione vien presupposta la coscienza della natura, e delle conseguenze dell' azione, come pure la coscienza attuale (*dolus*) o la possibile (*culpa*) del divieto penale. Solamente contro quella elezione possono essere indirizzate le leggi penali, come quelle che hanno virtù di operare sugli uomini, in quanto gli uomini sono esseri, che hanno il potere di determinarsi a tenor delle leggi. Se l' uomo opera senza alcuna elezione, semplicemente qual essere sensibile; la legge penale non può spiegare efficacia sopra di lui: egli non ha colpa di avere operato così, e quindi l' imputazione sparisce. In simili casi può ben esser luogo alla disciplina, ma non alle pene (10). In fatti è stato già notato da altri, che lo scopo della legge penale non può esser quello di sopprimere la sensibilità, e gl' impulsi naturali, ma solamente di dar lo-

(9) Bergk Filosofia del Diritto penale pag. 286.
(10) Klein nell' Archivio di diritto criminale tom. II. fasc. 4. N. 4.

ro quella direzione, in virtù della quale le azioni da essi prodotte sieno conformi alla legge.

§. 10.

Ma se la elezione debb' essere la condizione fondamentale di qualsivoglia imputazione, e se questa dee cader solamente sopra obietti esternamente riconoscibili, è naturale il cercare, come si possa esternamente riconoscere l'elezione. Io veramente non potrei affermare con Almedingen (11), che la elezione sia una fisica facultà di scegliere fra la possibile commissione, od omissione d'un atto. Imperocchè, appunto perchè la scelta vien determinata, come egli dice, da necessità psicologica, ed accade nella ragione, io non credo che sia una facultà fisica, ma piuttosto psicologica: e ciò non ostante sono convinto, che la elezione possa riconoscersi esternamente (12). Noi dobbiamo qui valutare un' azione, che può essere obiettivamente riconosciuta. Or la quistione che dobbiamo decidere, si riduce a questa: se cioè la detta azione sia un prodotto di fisica necessità, o d'elezione. Noi dobbiamo partire dalla massima incontroversa, che la fisica necessità non si presume, ma che anzi presuppone circostanze affatto particolari, che la producono: le quali consistono nelle violenze d' un terzo, nell' estrema ubriachezza, nella passione, ec. Ma tutte queste circostanze sono esternamente riconoscibili; dunque l' elezione dee nelle azioni presumersi. In fatti nell' azione d' un uomo si deve ammettere, ch' ei la intraprendesse, qual essere ragionevole, cioè che volesse quello che fece, e conseguentemente potesse scegliere tra il

(11) Esposizione dell' imputazione giuridica pag. 71.
(12) ivi pag. 65, e seg.

fare e l'astenersi. Ma, non computato anche ciò, la elezione si può riconoscere esternamente. Se prendiamo ad investigare l'azione d'un uomo, noi guardiamo la sua origine, i preparativi per attuarla, e finalmente l'esecuzione, e le circostanze collegate con essa. Tutte queste cose sono esternamente riconoscibili. Or se noi prendiamo questi punti separatamente, e poscia riuniti, concludiamo con persuasione, se l'atto è stato commesso con elezione, o senza. Noi dobbiamo necessariamente ammettere l'elezione, allorchè discopriamo, che tutte le circostanze predette attestano della coscienza, e della spontaneità; allorchè non troviamo punti contrapposti, onde sorga la fisica necessità; ed allorchè poniamo a base dell'elezione la presunzion generale. Negheremo al contrario l'esistenza della elezione, quando ci avverremo in tali motivi di fisica necessità, che resero impossibile all'uomo la scelta fra l'astenersi e l'agire. Ma motivi di questa specie, che formano ognora eccezioni alla regola, sono pur sempre riconoscibili esternamente.

Ciò che si dice delle azioni, può affermarsi ancora delle omissioni, in quanto si debbano considerare per delitti. Oltrechè l'omissione si può esternamente riconoscere, si dee per le stesse ragioni sopraccennate presumere, che ebbe luogo per elezione, finchè non si abbia motivo di credere, che uno fosse costretto da fisica necessità ad omettere. Se si ammette, che d'ordinario nelle azioni umane la elezione si presume, fa di mestieri affermare lo stesso anche della coscienza, perchè senza di questa l'elezione non è escogitabile, ed in quanto ancora la coscienza può riconoscersi esternamente, come l'elezione, dallo stesso punto di vista. Se noi pigliamo ad investigare l'azione d'un uomo con tutti i suoi preparativi ed apparati, se tutto esattamente ponderiamo; la sana ragione ci conduce a conchiudere, che l'elezio-

ne sia ciò, che nel comun linguaggio si dice *fare a posta*. E parimente, quando si discoprono motivi di fisica necessità, siamo soliti dire, che l'uomo *non ha colpa* di aver fatto così, che vi è stato costretto.

§. 11.

Dai principj, che abbiamo sinora stabiliti, risultano chiaramente le condizioni dell' imputazione. Almedingen (13) le riduce a ragione a quattro punti: 1) che esista un' azione, od una omissione, la quale 2) sia dichiarata delitto da una legge penale; 3) che l'azione sia stata intrapresa con elezione; e 4) che l'autore conoscesse, o almeno potesse conoscere il divieto penale. Il primo ed il terzo punto risultano da ciò che si è già premesso: il secondo s'intende da sè: or dunque parleremo solamente del quarto. Perchè uno possa esser trattato come delinquente doloso, deve apparire, che egli conoscesse il divieto penale: e perchè si possa applicare una pena alla *culpa*, deve constare, che l'agente potesse e dovesse conoscere il divieto della legge penale. Ma questa attuale o possibile cognizione è ella anche riconoscibile esternamente? Io lo credo senza dubbio. Qui bisogna prima di tutto partire i delitti in fatti illeciti di loro natura, ed in fatti indifferenti per sè, ma punibili a tenore di leggi positive. Rispetto ai primi non si può dubitare, che la cognizione del divieto penale non si debba presumere in ogni uomo ragionevole. Anche l' incolto, sol che abbia la sana ragione, sa, che l'uccidere, il rubare, il truffare, non solamente è illecito, ma ancora colpito di pena dalle leggi. Tostochè dunque consta, che uno possieda la sana ragione, bisogna ammet-

(13) l. c. pag. 58.

tere, ch' ei conoscesse il divieto penale di simili azioni. Se uno poi abbia sano l'intelletto, si può esternamente rilevare dalle sue azioni, e dal suo modo di vivere. Da ciò conseguita, che si debba ammettere la cognizione del divieto penale Un poco più difficile si è, che apparisca una tal cognizione in quelle azioni, che non sono punibili per natura della cosa, ma solamente a tenore di leggi positive. Allora la sana ragione non basta a conoscere il divieto penale, ma è pur necessaria l' istruzione, l' educazione, o l' esperienza. Se non che ancora in tal caso è possibile di riconoscere esternamente questa cognizione. Se apparisce (e ciò si può dedurre dalle azioni e dalle dichiarazioni d' un uomo), che egli abbia avuto una tale educazione, o istruzione, da acquistare una cognizione sufficiente della penalità dei delitti, il suddetto punto è provato. E questo è appunto il caso di chi fu già una volta sottoposto alla pena per via di un dato delitto, od ebbe sperienza della punizione, sofferta per lo stesso motivo da altri. Di più i delitti intieramente positivi sono d' ordinario dei fatti, la cui penalità è manifesta anche alla comune ragione. Ciò presupposto, si può ammettere, che si possa presumere, o almeno esternamente riconoscere un dolo. — Ma che sarà della *culpa?* Sarà esternamente riconoscibile anch' essa? Io credo di dover affermare anche questo. Tutte le qualità di *culpa* concordano generalmente nell' essere una omissione della debita avvertenza, e diligenza. Ma una omissione non è altro che la mancanza di un' azione, ed appunto perciò possibile a riconoscersi: e dove la debita diligenza non è stata osservata, ivi è *culpa*. Nè da ciò si può soltanto giudicare, se un uomo suole in genere comportarsi colposamente, ma si può ancora determinare, se una *culpa* sia, o non sia in un' azione, senza indagare l' interno del suo autore. Ciò si de-

duce dalle circostanze dell' azione, e dallo stato dell' animo dell' agente, in quanto un simile stato si può riconoscere esternamente. Oltracciò, se si richiede per la *culpa* la coscienza generale della penalità delle azioni umane, avranno luogo anche qui gli stessi principj, che si sono indicati generalmente di sopra.

§. 12.

Da ciò, che si è detto finqui, si rileva, che nella elezione consiste la condizione fondamentale di ogni imputazione degli atti umani. Ma questa tesi ci conduce alla quistione assai dibattuta: se nell' imputazione si debba presupporre la libertà, o l'elezione, o niuna di due. È noto, che Feuerbach (14) ha sostenuto la seconda opinione con un gran dispendio di acutezza. Ma io ho esaminato in un altro luogo (15) le ragioni da lui addotte, e perciò non mi occorre di allargarmi qui su di esse. Ivi ho affermato per vero dire, che fra la libertà e l' elezione non intercede alcuna pratica differenza: ma ora tengo per migliore, e per più confacente alla scienza, di ammettere questa differenza, benchè sia convinto, che essa riposa più sopra ipotesi, che sopra severe dimostrazioni. Pure questa differenza è certamente molto utile per la scientifica trattazione della dottrina dell' imputazione, pel merito delle azioni umane, e specialmente per la distinzione del diritto criminale dalla morale. La differenza fra libertà ed elezione è stata molto bene indicata da Almedingen (16): solamente

(14) Revisione dei principj e delle idee fondamentali del diritto penale positivo, prima ediz. parte I. p. 319-352, parte II. p. 69-198.

(15) Sviluppo sistematico delle idee e delle verità fondamentali del diritto penale parte I. §. 4'.

(16) l. c. pag. 71.

io non potrei convenire, che anche l'animale irragionevole abbia elezione. Imperocchè, se ciò fosse, dovrebbero punirsi nel senso proprio anche le bestie, quando uccidono, od altrimenti danneggiano gli uomini. Ma ciò non accade, e non può accadere per ragioni conosciute. I castighi disciplinali sì che sono applicabili alle bestie, ma non già le pene nel senso proprio. Che per altro nell'imputazione non si debba guardare alla libertà, ma solamente all'elezione si rileva da questo: che la libertà stà intieramente nell'interno dell'uomo, ed appartiene soltanto alla legge interna del dovere; onde non può esternamente riconoscersi, nè applicarsi alle leggi esterne del diritto (17). Ora lo Stato non può manifestare il suo poter punitivo, che nel mondo sensibile, nè dirigerlo, che ad obietti esternamente riconoscibili; e, siccome è indifferente per lui, se l'uomo opera per puro sentimento del dovere, o per timor della pena; così non può nemmeno attribuirsi alcun giudizio su di tale materia, tanto perchè non gli compete la facultà di giudicarne, quanto perchè non gli riuscirebbe di usarla (18). Ma dal punire, che fa lo Stato, senza guardare al merito morale, non seguita, come sospetta Boysen (19), che si debbano egualmente punire diseguali delitti; e che lo Stato non possa prevenire i delitti, perchè gli uomini credono di dover soggiacere alla pena legale, sia pur maggiore o minore il grado della loro punibilità. I delitti

(17) A questo appartiene anche ciò, che si dice da Almedingen intorno alla legge esterna ed interna del diritto e del dovere, l. c. pag. 109 e seg.

(18) F. A. Boysen Tentativo di una risposta al quesito, proposto dall'Accademia delle scienze di Berlino per l'anno 1803: « Se, e » quanto si debba computare la estimazione morale di un atto nella » constituzione e nell'applicazione di una legge penale ». Berlino 1804. pag. 101.

(19) l. c. pag. 158. e seg.

(egli dice) commessi con libera volontà essendo politicamente più dannosi di quelli eseguiti con volontà limitata, si debbono più gravemente punire, ed appunto perciò vuole aversi riguardo al merito morale. In queste tesi domina palesemente una mistione di principj morali e giuridici. E primieramente, che cosa intende l'autore per delitti diseguali? Sì fatta diseguaglianza dee determinarsi secondo una misura morale, o giuridica? Nell'ultimo senso la tesi è falsa; perchè i delitti si puniscono dallo Stato secondo la quantità della nociva influenza, che esercitano sul pubblico stato giuridico. Non è dunque possibile (o almeno sarebbe un gran fallo), che delitti diseguali vengano egualmente puniti. Ma se questa diseguaglianza di delitti dipende da un senso morale, chi sarà in grado di decidere, quali delitti sieno eguali, o diseguali? Dove condurrebbe il voler determinare la quantità dei delitti secondo il punto di vista della morale? Siccome gli uomini non sono in grado d'investigare l'interno dello spirito umano, in qual guisa potranno convincersi, che si debba soffrire la pena della legge, qualunque sia il grado della punibilità nel senso morale? Si può concedere all'autore, che il delinquente con libera elezione, o come egli dice, con libera volontà, sia politicamente più dannoso di chi delinque con limitata elezione: ma per punirlo più gravemente non è necessario aver riguardo al merito morale. Anzi, a tenore di tutto quello, che fu esposto sinora, l'imputazione morale non è ammissibile nelle cause penali (20).

Quando Bergk (21) parte dal principio, che l'uomo è capace d'imputazione, perchè è libero; ciò non

(20) Gebhard nella sua trattazione ha dimostrato assai bene, quanto l'estimazione morale di un atto si debba considerare nel constituire, o nell'applicare una legge penale. Berlino 1804.

(21) Filosofia del diritto penale, pag. 286 e seg.

si combina con le altre idee, dallo stesso autore manifestate. Imperocchè in seguito egli dice precisamente, che non si può avere alcun riguardo alla libertà dell' atto, comechè questa sia qualche cosa d'intelligibile, ma non cada nella sfera dell'intuitivo. L'ultima proposizione è indubitatamente vera: ma in tal caso debb' esser falsa la prima, o almeno la libertà e l'elezione son qui confuse fra loro.

C. F. Klein in varie dissertazioni (22) ha fornito molte buone ed opportune cose per questa dottrina. Egli si vale per vero dire assai spesso della parola *libertà*: ma si può da tutto l'insieme della sua trattazione conchiudere, che sotto un tal vocabolo è intesa quella facultà dell'animo, che qui si designa col nome di elezione. Io per altro non sono del suo parere, allorchè dice (23), che la dignità delle leggi non può durare, ognorachè esse sono universalmente disapprovate, e che ciò deve accadere quando il merito giuridico dell' azione è opposto al morale; onde questi due meriti dovrebbero, quanto più fosse possibile, riunirsi. Tralasciando qui di considerare, che l'autorità delle leggi non dipende dall'approvazione, o dalla disapprovazione dei sudditi, noi non abbiamo, a tenore di quanto si è detto sinora, alcuna stabil misura del merito morale di un' azione, perchè a questo effetto occorrerebbe una virtù, che investigasse l'interno dell' uomo. Non possiamo dunque dir mai con certezza, se il merito giuridico concorra col morale, o no. E così io non credo, che il giudice debba indagare l'intenzione e il principio dell'azione, per vedere, se questa sia una vera azione, o piuttosto un semplice effetto casuale, se l'azione derivò da una fon-

(22) Archivio di diritto crim. Tom. II. fasc. 4. num 4. — Tom. IV. fasc. 4. num. 2. — Tom. V. fasc. 3. num. 8.

(23) l. c. Tom. II. fasc. 4. pag. 10.

te così cattiva, quanto le circostanze esteriori annunziano. Io credo piuttosto, che il giudice debba solamente indagare, se l'azione sia stata commessa con elezione, se vi concorse il dolo, o la colpa. Egli può in parte presumere tutti questi punti dietro le accennate premesse, ed in parte li può esternamente riconoscere, come si è detto di sopra. In nessun caso egli abbisogna d'indagare le intenzioni e le massime; e perchè non si tratta di sapere da qual massima nacque l'azione, e perchè sì fatta indagine, che si dovrebbe dirigere all'interno dello spirito umano, è impossibile alle forze limitate dello spirito umano.

§. 13.

Si domanda per ultimo, se nella imputazione dei delitti si dieno diversi gradi di elezione, e come si possano determinare. In tali quistioni si dee fare una duplice distinzione: 1) fra i gradi della imputazione, e della elezione, che serve a quella di fondamento: 2) fra l'imputazione del legislatore, e del giudice. Se per imputazione non s'intende altro, che la dichiarazione, che un uomo ha commesso un dato delitto, non vi sono gradi escogitabili d'imputazione: ed in questo senso Almedingen (24) ha avuto ragione di dire, che la imputazione giuridica non è graduabile, perchè tutto quanto il tenore del giudizio giuridico imputativo consiste nelle parole *colpevole*, ed *incolpevole*. Ma se si tratta della determinazion della pena, cioè della maggiore o minore punibilità, allora è necessario assegnar gradi all'imputazione. Primieramente fa d'uopo distinguere i delitti relativamente alla loro penalità, quando si pren-

(24) l. c. pag. 177.

dono a considerare obiettivamente rispetto all' offesa del pubblico stato giuridico. In questo proposito il legislatore gl'imputa più o meno a riguardo della pena, secondo che sono più o meno obiettivamente dannosi. Il giudice, come esecutor della legge, dee tener dietro assolutamente a questa imputazione, che nasce dalla legge. Ma è ancora possibile, che il medesimo delitto sia più o meno punibile in casi diversi, nel suo rispetto obiettivo e subiettivo. Queste ragioni possono muovere il legislatore a minacciare una pena, ora maggiore, ora minore, allo stesso delitto, secondo la diversità dei casi. Solamente è qui opportuno ripetere, che il legislatore, quando constituisce le pene, si dirige d' ordinario ai soli motivi obiettivi, e solamente per eccezione a quelli subiettivi. Ed il punto di vista del legislatore è la norma del giudice. Questi dunque non dee modificare la pena, che dietro i fondamenti, che la legge gli assegna, nè trar partito dai motivi subiettivi, presentati da un caso, che in quanto la legge faccia da essi dipendere espressamente, o tacitamente, un aggravamento, od una mitigazione di pena.

Per quello, che particolarmente concerne la elezione, la quotidiana esperienza c' insegna, che può essere limitata e non limitata, e che sì fatte limitazioni, o risiedono nell' interno dell' uomo, come per esempio la passione e l' ubriachezza, o nascono dall' esterno, come la violenza, la seduzione, e simili. Per altro questi gradi della elezione non sono sempre gradi dell' imputazione diretta alla pena, ma solamente allorchè la legge ha avuto riguardo ai medesimi, ed a motivo di essi ha ordinato una mitigazione od un aggravamento di pena. E ciò non può farsi dalla legge, che quando questi gradi di elezione abbiano una qualche relazione col pubblico stato giuridico, al quale per-

ciò il delitto obiettivamente considerato riesca più o meno dannoso, e pericoloso. Quando, per esempio, un delitto fu commesso con maggior riflessione e preparazione, nell' autore di esso si trova una maggiore elezione, che quando la sua decisione fu formata più prontamente, e venne tosto eseguito, purchè sempre elettivamente. Ma la maggiore o minore elezione non ha nulla che fare col pubblico stato giuridico. Rispetto a questo il fatto è del pari dannoso e pericoloso in amendue i casi. Se noi consideriamo bensì, che uno commette con piena elezione un fatto, eseguito da un altro nello stato di passione, od ebrietà veemente e incolpevole, e riferiamo amendue queste azioni al pubblico stato giuridico; si vede, che l' autore del secondo è manifestamente meno pericoloso, e perciò meno punibile. Solamente dentro questi limiti è concesso al giudice di aver riguardo ai gradi della elezione, e di modificare conseguentemente la pena ordinaria.

Da ciò possiamo facilmente raccogliere, che cosa si debba credere delle opinioni di Tittmann (25), il quale ha riunito molto bene e sistematicamente i gradi dell' imputazione, deducendoli da tre fonti principali: cioè dalla coscienza della relazione giuridica, dalla libertà della determinazione, e dai motivi del fatto. Ma diversi casi, che egli accenna, sono, tanto subiettivamente, quanto rispetto al pubblico stato giuridico, di troppo poca importanza, perchè la legge e quindi il giudice li possano considerare. Fra questi io conto, per esempio, la maggiore o minor cognizione della penalità: della quale purchè uno abbia sufficiente conoscenza, poco importa, che questa sia maggiore o minore. Vi an-

(25) Compendio di comun diritto penale germanico parte I. §. 99. e 100.

novero ancora la maggiore o minore spontaneità nell'esecuzione del fatto, come la natura di per sè lecita ed illecita dell'impulso a delinquere, e simili.

Grolmann (26) deduce i gradi dell'imputazione dal pericolo, che il sentimento illegale del delinquente può far temere alla sicurezza giuridica. Così i gradi debbono dipendere dalla maggiore o minore selvatichezza dell'uomo illegalmente determinato, e la selvatichezza poi debb'esser desunta dall'azioni esterne di lui. Questa veduta è, a mio parere, troppo subiettiva; ed il dedurre l'interno sentimento e la interna selvatichezza dalle azioni è cosa malsicura ed inutile. In fatti nel diritto penale non ci diamo briga dei sentimenti, e non determiniamo da essi la quantità dei delitti, ma dal loro pericolo e nocumento obiettivo. Inoltre sì fatte conchiusioni sono soverchiamente arrischiate, in quanto che, se uno ha commesso un più grave delitto, non se ne può indubitabilmente dedurre una maggiore selvatichezza. In generale Grolmann riferisce tutto al pericolo del delinquente per l'avvenire; e la cosa, a mio credere, non dipende da questo punto. Il delinquente dee soffrire la pena per ciò, che ha fatto, e non per quello, che potrebbe fare in futuro.

(26) Fondamento del diritto penale, p. 103. e seg.

II

DELL' IDEA E DEI CARATTERI DEL DOLO MALO (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOM. II, FASC. 4. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1. *Diversi significati del vocabolo* dolus.

A buona ragione osserva Hasse (1), che non è punto facile ridurre il vocabolo *dolus* ad un solo fondamentale significato giuridico. *Dolus*, secondo la sua derivazione (2), significa in generale un inganno, od una finzione, con l' intendimento di gabbare, o di deludere un altro: e secondochè questo inganno è diretto ad un fine buono, o cattivo, si parla del *dolus bonus* (3), o del *dolus malus*. Se per mezzo del *dolus* viene indicata qualche cosa illecita, e da rigettarsi, i Romani vi aggiungono d' ordinario l' adiettivo *malus* (4), sebbene si fatta regola non manchi d' eccezioni. *Dolus* in relazione all' ingiustizia significa 1) ogni azione ingiusta,

(1) I. C. Hasse, la *culpa* del diritto rom. pag. 97.

(2) *Dolus*, δόλος da δέλω - ingannare, sedurre -.

(3) L. 1. §. 3. D. *de dolo malo*, se per esempio si usa contro il nemico. Talora il *dolus* senza l' aggiunta di *bonus* è adoperato nel senso buono di una lecita prudenza. Ved. Sallust. in Catil. 26.

(4) L. 1. §. 2. e 3. D. *de dolo malo* -- L. 22. D. *ad L. Corn. de fals.* — L. 23. §. 2. D. *de aedilit. edict.* ec.

commessa con la piena coscienza di violare un diritto (5); 2) ogni inducimento intenzionale di un altro in inganni illeciti, per via d'errore cagionatogli (6); e 3) il cattivo proposito relativo al delitto, in contrapposto alla *culpa* (7). Per solito, quando si parla di dolo nei delitti, si leggono nel testo le parole *sciens dolo malo*, per significare la piena coscienza dell'agente doloso rispetto alla illegalità dell'atto (8). Il diritto canonico si serve della parola *dolus* negll stessi significati del diritto romano, ma spesso nei delitti indica il *dolus* anche con altre espressioni (9). Bensì, come il diritto romano, aggiugne spesso al *dolus* l'avverbio *scienter* (10). La Carolina non indica il *dolus* in una maniera uniforme, ma spesso, per maggiormente rilevare la turpitudine del delitto, esprime le qualificazioni avverbiali *malvagiamente*, *pericolosamente e maliziosamente*, *volontariamente*, *pessimamente*, *a bella posta* ec. I criminalisti ed i legislatori moderni, o conservano la parola romana *dolus*, o parlano di *malvagio proposito*, o di *malvagia intenzione*,

(5) L. 2. §. 5. D. *de dol. mal. except.* — L. 36. D. *de pecul.* — L. 8. §. 9. D. *mandati* — L. 134. pr. D. *de V. O.* — L. 173 §. ult. D. *de R. J.*

(6) L. 7. §. 9. D. *de pactis* — L. 1. §. 2. D. *de dol. mal.*

(7) L. 11. §. 2. D. *de poenis* — L. 43. D. *ad Leg. Jul. de adult.* — L. 1. pr. D. *ad L. Corn. de fals.* — § 2. Inst. *vi bonor. rapt.*

(8) L. 2. e 3. D. *ad L. Jul. Maj.* — L. 1. D. *ad L. Jul. pecul.* — L. 9. Cod. *ad L. Jul. de adult.* — L. 1. D. *de L. Fab.* — L. 8. D. *ad L. Jul. de adult.* — L. 1. Cod. *de sepulc. viol.* — L. 15. Cod. *ad L. Fab.* — L. 1. Cod. *de his qui latron. occultav.* Nov. 12. cap. 1. in fin.

(9) c. 22. X. *de homicid. volunt. et cas.* parla dell'*animus laedendi* — c. 6. X. *de injur.* usa l'espressione *voluntarie* — c. 10. C. XV. qu. 1. parla di *voluntas propria* — e c. 32. C. XXIII. qu. 8. di *malum studium*.

(10) c. 18. X. *de sent. excom.* — c. 7. X. *de cler. excom.* — c. 37. *de elect. in VI.*

o di *cattiva volontà*, o scelgono, come fece la Carolina, altri adiettivi efficaci. Ma sono del resto tanto incerti nelle definizioni, che danno del dolo, quanto nei significati, che sottopongono alla parola; avvegnachè spesso intendano per *dolus* lo stato imputabile del delinquente, o il malvagio proposito in contrapposto alla *culpa*, od una determinata direzione e qualità della volontà, o la sola coscienza, che abbia l'agente, di certi caratteri appartenenti al delitto.

§. 2. *Idea del dolo nel senso più lato.*

Considerando i casi diversi, in cui si parla di dolo, si osserva, che giudici e legislatori vogliono sempre significàre con questa parola la parte, che prende la volontà dell'agente nel delitto. Sotto la formula *essenza di fatto* si comprese il complesso di tutti i caratteri, richiesti dalla legge, come condizioni di un determinato delitto, e si scelse la parola dolo a significare i caratteri, che si riferiscono alla volontà del delinquente, e constituiscono la punibilità. Esaminando più esattamente la cosa si debbono distinguere due idee fondamentali nella parola *dolo*: cioè 1) la (cattiva) volontà in genere, necessaria a costituire un'azione punibile, e 2) quella specie di cattiva volontà, che suol contrapporsi alla *culpa*.

I. Nel primo senso il dolo si compone di due elementi: vale a dire a) dell'esistenza di uno stato imputabile in genere, e b) della cattiva volontà in genere, considerata come fondamento della punizione di un fatto illecito.

A) Rispetto al primo di questi due elementi, quando si dice, che il delinquente era in dolo, si vuole esprimere solamente, che il fatto può essergli imputato

ad effetto di punirlo, e che nel tempo dell' azione non si è in lui verificata alcuna circostanza, che sopprima l' imputabilità. Anche le leggi romane (11) riferiscono talora il *dolus* allo stato imputabile. Al dolo in questo senso appartengono come caratteri 1) la coscienza, che l' agente ha in genere di sè stesso; 2) la coscienza dell' azione, che intraprende, per es. che spara l' arme da fuoco, e che lo spararla può aver conseguenze pericolose; 3) la possibilità di esaminare il proprio modo di operare; 4) la volontà e la risoluzione di commettere l' atto, che egli conosce; 5) l' assenza di una coazione, che astringa l' agente ad operare contro sua volontà. In un simile stato imputabile dee ritrovarsi, tanto l'agente colposo, quanto il doloso.

B) Rispetto al secondo elemento, che consiste nella cattiva volontà in genere, considerata come fondamento della punizione di un fatto illecito, può dirsi, che sia in dolo anche l' agente colposo. Si sa in fatti, che il fondamento dell' imputazion della *culpa* non può cercarsi nell' intelletto; che la *culpa* si può giustamente punire solamente quando riposa, non sopra un errore d' intelletto, ma di volontà; e che una sì fatta mala volontà punibile si trova ancora nella *culpa*. Il motivo della commission dei delitti è riposto in genere nell' incuranza delle leggi, la quale si trova ancora nell' agente colposo, come quegli che manca di quel vigore di volontà, che si richiede ad evitar tutto ciò, che in qualche maniera potrebbe produrre la trasgressione, minacciata di pena dalla legge. Chiunque presta omaggio alla legge; quando si tratta d' intraprendere un' azione, porrà mano all' opra solamente dopo aver diligentemente esaminato e librato tutte

(11) L. 12. D. *ad L. Corn. de sic.* — L. 22. D. *ad L. Corn. de fals.* — L. 23. D. *de furt.*

le conseguenze, e più volentieri si asterrà dalla medesima, che esporre gli altri ad un pericolo (12). Chi non fa questo, mostra, che non reverisce la legge; che è indifferente pe' doveri giuridici e non li cura; e fa quindi conoscere una cattiva disposizione di volontà. Sotto questo rispetto si trova qui pure una (cattiva) volontà difettosa e punibile, che nel più lato senso può chiamarsi dolo.

§. 3. *Del dolo in contrapposto alla* culpa.

II. Nello stretto e proprio significato si parla di dolo in contrapposto alla *culpa*. In questo senso (qui sarebbe più giusta l'espressione *delittuoso proposito*) è il proposito di commettere un' azione, riconosciuta come delitto punibile, o, se piace più, il proposito d'intraprendere un' azione, riconosciuta illecita, come mezzo a conseguire un fine, legalmente minacciato di pena.

A) Al dolo inteso così appartiene la coscienza di tutti i caratteri, per cui l'azione, che il delinquente intraprende, gli apparisce proibita e punibile. A questa coscienza hanno principale riguardo le leggi romane e canoniche, mediante l'aggiunta del participio *sciens*, che fanno da per tutto al *dolus malus*. Ma questa coscienza abbraccia 1) la cognizione della ingiustizia dell' atto in genere. La maggior parte dei criminalisti esige espressamente nel dolo questo carattere, mentre altri (13) lo chiamano un' aggiunta eterogenea, perchè chiunque è consapevole del fatto proprio, e può essere

(12) Welker dello Stato, del diritto, e della pena, pag. 270. — Erhard, progetto di un codice dei delitti e delle pene per la Sassonia §. 110. — Salchow, compendio di diritto penale §. 61. — Schulze Norma degli sviluppi dei principj di diritto penale, §. 266.

(13) Per es. Gönner Revisione d ll'idea e delle divisioni del dolo.

incolpato, ha pure, come si afferma, la coscienza della illegalità del suo desiderio in faccia al foro esterno: ma la coscienza della illegalità non si vuole affatto riferire alla cognizione della legge, perchè niuno si possa discolpare con l' ignoranza di essa, e perchè la vera criminalità è sempre tale, che la sua ingiustizia sta scritta nel cuore di tutti. Se non che questa opinione non si può giustificare. a) È falso, che ognuno, a cui possa imputarsi in genere il fatto, abbia ancora la coscienza della illegalità. Si può con libera volontà intraprendere un'azione, od ometterla, senza sapere che nell'azione, o nella omissione consiste un delitto. Anche l'agente colposo è in uno stato imputabile, senza essere in dolo. Al dolo, che consiste in un dispregio della legge (in contrapposto alla *culpa*, a cui serve di base l'indifferenza per la legge e l'incuranza di essa) dee necessariamente appartenere la coscienza dell'atto ingiusto a riguardo della legge, che rimane violata. b) È anche falso, che la coscienza si sottintenda da sè, per la ragione che niuno si può discolpare con l'ignoranza. Sebbene l'ignoranza non si presuma, pure, in grazia di circostanze straordinarie, che impedirono di acquistare la cognizion della legge, è possibile al delinquente di allegare valevolmente l'ignoranza della legge: e nei moderni codici poi, dove sono qualificate per delitti tante azioni, in cui la sana ragione nulla sa scorgere di natura criminale, bisogna ben concedere per motivi speciali la discolpa dell'ignoranza. Quindi ancora in conformità con le leggi, che nel dolo parlano sempre della *scientia*, e si valgono delle espressioni di *proposito*, di *fatto malvagio*, *volontario*, *commesso a bella posta*, uno è autorizzato ad esigere la coscienza della illegalità, come carattere dell'idea di dolo. Solamente fa d'uopo intendersi convenientemente su di ciò. a) Non è necessario che il delinquente, an-

che nel momento medesimo, in cui commetteva il fatto, abbia pensato alla legge, ed avuto coscienza dell'ingiustizia della propria azione. Se ciò si richiedesse, ogni agente nell'impeto degli affetti, ogni adultero, che nel momento del delitto pensa solamente alla sodisfazione della sua brama, e non all'articolo proibente del codice penale, anderebbe impunito, insieme con la maggior parte dei delinquenti, che non oprano per malizia. Ancorchè questi non pensino alla legge nel momento del fatto, non possono negare a sè stessi la coscienza della sua illegalità. Sino dal primo eccitamento al delitto, la coscienza avverte il delinquente del suo torto, e combatte co' suoi desiderj. Anche nel momento stesso del fatto questa coscienza, che non tace mai, vive nell' interno del delinquente, si manifesta in quella inquietezza, che accompagna ogni azione illecita, e risorge più forte dopo il compimento di essa, esprimendosi per mezzo del pentimento, delle ammonizioni e delle esortazioni. b) Poco importa, che il delinquente esattamente conosca la pena speciale, che al suo delitto minaccia la legge. La teorica della coazione psicologica dee, per esser conseguente a sè stessa, esigere questa particolare coscienza: la quale bensì nel codice fabbricato su quel sistema (14) non è poi richiesta. Basta, che il delinquente conosca in genere la illegalità e la penalità della sua azione. 2) A questa coscienza appartiene per altro anche la cognizion dei caratteri, per cui il fatto, che in sè stesso sarebbe altresì giuridicamente lecito, doventa proibito ed illegale. Quindi è proprio dell'incesto, che l' agente sappia, che la persona, con la quale si congiugne, sia sua parente; che l'adultero sappia, che la persona, alla quale si accosta, sia conjugata; che il bigamo sap-

(14) Cod. pen. di Baviera art. 39.

pia, essere ancora in vita il primo suo conjuge. 3) A ciò appartiene la cognizione della special qualità dei mezzi, la cui applicazione forma il delitto. Quindi nel veneficio importa, che l'agente sappia, che la materia, da lui ministrata ad un altro, sia nociva, cioè veleno: e nel delitto di procurato aborto occorre sapere, che il mezzo applicato sia abortivo. 4) In molti delitti il dolo comprende anche la coscienza della menzogna. Quindi il calunniatore dee sapere, che il rimprovero, che egli fa ad un altro, è mentito: e lo spergiuratore dee conoscere, esser vero il contrario di ciò, che egli giura.

B) Il secondo carattere del dolo è la determinata direzione della volontà a commettere l'azione, riconosciuta come illegale. Le leggi designano questo carattere coi vocaboli *propositum* (15), *malum studium* (16), *animus* (17). Esso comprende 1) la risoluzione determinata in genere di commettere, non ostante la cognizione della sua ingiustizia, l'azione proibita, o di omettere quella prescritta. 2) A questo appartiene anche la direzione particolare della volontà ad un determinato delitto in tutti quei casi, in cui il mezzo applicato dall'agente è opportuno tanto ad un delitto minore, quanto ad uno maggiore, e quindi la sola disposizione della volontà può decidere, se il delinquente abbia voluto l'uno, o l'altro delitto. Così, per esempio, è proprio del delitto di omicidio l'*animus occidendi*. 3) In egual modo in molti delitti appartiene al dolo anche un fine particolare, che si dee proporre l'agente: per esempio nel furto l'*animus lucri faciendi*, nel ratto l'intenzione del godimento sessuale. 4) Per altro all'essenza del dolo non appartiene solamente il desiderio positivo dell'ef-

(15) L. 11. §. 2. D. *de poenis*.
(16) c. 32. C. XXIII. qu. 8.
(17) L. 11. D. *ad L. Jul. Maj.*

fetto illegale, ma ancora il consenso nel medesimo, cosicchè l'agente abbia preveduto le possibili conseguenze, ed approvato anche le peggiori, postochè avvenissero, sperando sempre bensì, che il successo non sarebbe il più tristo. Quindi è dolo anche il così detto *dolo indiretto:* ma si è avuto torto, come si mostrerà in un'altra dissertazione, quando si è parificato, nella punizione, al dolo col carattere del desiderio. Imperocchè si è dimenticato, che un grado molto maggiore di malvagità si trova in chi vuole e desidera un effetto determinato, che in colui, che piuttosto *avventura*, e che, confidando nella propria fortuna, può credere, che il peggio non avverrà. Si è dimenticato ancora, che una punizione eguale è particolarmente ingiusta, quando l'agente altresì ha diretto la sua azione in maniera, che il successo peggiore non avvenisse. 5) Per altro si richiede a torto nel dolo anche l'intenzione di *danneggiare*. Questa intenzione, che è per vero dire in alcuni delitti, in molti non si può presentare. Non si presenta, per esempio, nella maggior parte dei delitti contro lo Stato, ed in altri non è cosa principale. Il delinquente in vero sa bene, che la sua azione è nociva ad altre persone: ma egli non la commette per nuocere. Al dolo appartiene semplicemente, che uno cerchi di conseguire il suo fine per via di un'azione, di cui ben riconosce la illegalità. La cosa principale pel delinquente è la sodisfazione del suo desiderio. Non è, che egli ignori per questo il danneggiamento altrui: ma egli lo elegge, come mezzo ad arrivare al fine propostosi. In ciò si è sovente confuso il *motivo* dell'agente con lo *scopo* e con la *intenzione*. Il motivo non altera menomamente l'essenza del dolo: e, per addurre un esempio notorio, si dice, che quel devoto, che ruba il cuoio al ricco per far le scarpe al povero, è ladro quanto qualunque altro, che ruba per amor

di guadagno. Si presentano persino dei casi, in cui il delinquente, in buona fede, e per motivi apparentemente morali, commette il delitto per amor di colui, che ne forma l'obietto. Quando, per esempio, il congiunto leva l'origliere all'ammalato sul letto di morte, per risparmiargli i dolori di una lunga agonia; od una madre uccide il proprio figlio, affinchè non sia sedotto, o per obbedire ad una inspirazione divina, e per offerire a Dio una vittima gradita, il dolo esiste anche in simili casi; perchè l'agente sa bene, che, prescindendo dalle speciali circostanze, in cui egli crede di ritrovarsi, l'azione in genere è illegale; sa bene, che il suo proposito è giuridicamente illecito: ma la sua simpatia col sofferente, il suo convincimento, certamente spesso morboso, della moralità dell'azione, possono indurre l'agente, non ostante l'idea dell'ingiustizia, ad operare in quel modo. Tutti i caratteri del dolo esistono. Solamente la base di esso è un errore, che può abbassare la punibilità, ma non sopprimere la dolosa natura dell'atto. b) Non è giusto richiedere per la idea del dolo, che l'agente si sia proposto come *fine ed intenzione della sua azione, di produrre il delitto, che è risultato* (18). Imperocchè, quand'anche si voglia prescindere da quello, che si è già notato contro questa idea, essa non può applicarsi al conato a delinquere, nè al soccorso criminoso: ed è falso, che tutti i delinquenti si propongano il loro delitto per fine ed intenzione. L'agente non eseguisce la sua azione per via del delitto, sebbene ciò possa essere, quando l'azione gli si presentò come scopo: ma il delitto stesso, nella più parte dei casi, non

(18) A motivo di questa idea i difensori erroneamente confondono l'*animus occidendi* col dolo. Quando, per esempio, l'incolpato ha ferito alcuno, provano che egli ha operato dolosamente, e poi deducono, che non ebbe l'intenzione di uccidere.

è pel delinquente, che il mezzo per arrivare al suo fine. Sì fatto carattere non conviene menomamente ai delitti d'impeto: ed in altri, per esempio in quelli di ragion fattasi, è altresì contradittorio. 7) In certi delitti può darsi, che non esistesse alcuna malvagia intenzione al momento, in cui fu intrapresa l'azione, ma solamente più tardi avviene qualche cosa, che si oppone all'atto precedente, e forma il delitto punibile (19). 8) Il dolo inoltre merita una propria considerazione nei singoli delitti a motivo della forma particolare, sotto cui si presenta. a) Avvengono dei delitti, ne' quali il dolo esattamente considerato non ha in sè che il carattere della *culpa*: eppure debb' esser valutato dal giudice come dolo. Questo è il caso del furto della cosa trovata; avvegnachè moderne legislazioni (20) dichiarino, esser colpevole di un tal delitto chi trovi una cosa perduta, e dentro otto giorni non la denunzii all'autorità. Ancorchè uno dunque si dimentichi di far la denunzia dentro gli otto giorni; pure, comechè la legislazione deduca il proposito dall'omissione, egli sarà considerato come ladro doloso, sebbene non si possa provare la sua vera intenzione. b) In alcuni delitti l'intenzione non è neppure diretta a produrre un delitto in genere, o il danneggiamento altrui: per esempio nell'accensione della cosa propria, qualora l'atto, per via dell'estensione del danno, non sia pericoloso all'altrui proprietà. Pur non ostante, poichè all'esistenza del dolo basta il semplice consentimento nell'effetto minacciato di pena, anche l'incenditore della cosa propria è talora in dolo. Non è nella sfera del suo dolo il desiderio della diffusione del fuoco (21), se egli non volle che in gene-

(19) c. 1. C. XXII. qu. 2. *in dolo jurat qui aliter facturus est, quam promittit.*

(20) Cod. di Baviera art. 212.

(21) Osservazioni al Cod. pen. di Baviera parte II. pag. 191.

re eccitare l' incendio: ma non di meno si considera a ragione come consenziente nella diffusione del fuoco, perchè sapeva la connessione della sua proprietà con le cose altrui, e la virtù naturale del fuoco. c) Di speciale importanza è il dolo nella concorrenza formale dei delitti, quando cioè con una sola e medesima azione si commettono diversi delitti. L'osservazione di Kleinschrod (22), che in tal caso il delinquente violi tutte le leggi con un atto solo, e con *un solo e medesimo dolo*, non è fondata. In tutti i casi, che appartengono a questo capo, esiste un dolo moltiplice, diretto ad ogni delitto, che è riposto nell'azione. Se uno, per esempio, ha un congresso venereo con la propria sorella maritata; postochè egli sappia, che quella donna è sua sorella, e che ha marito, possiede una duplice *scientia*, dell' adulterio cioè e dell' incesto, e commette con intenzione l'uno e l'altro di questi delitti. Quand' anche rispetto all' atto in genere sembri esistere una sola intenzione, questa per altro si riferisce pluralmente alla qualità di esso. 9) Sotto il dolo finqui designato va compresa ancora l' azione commessa nell' impeto dell' affetto. Sembra per vero dire, come osserva Feuerbach (23), che nei delitti eseguiti nell' impeto debba piuttosto computarsi l' improvvida condiscendenza dell' uomo al sentimento sagliente al grado di affetto, e che quindi il proposito ingiusto confini con la semplice negligenza, o si perda affatto nella periferia di essa, come nella massima tempesta dell' ira. Anche le leggi, distinguendo chiaramente l' impeto dal dolo e dal caso, ammettendo solamente tre maniere di delinquere (24), e dichiarando l' affetto come motivo sopprimente la pena (25), fanno mo-

(22) Sviluppo sistematico delle idee fondamentali ec, parte III. p. 204.
(23) Casi criminali notevoli, tom. II. pag. 166.
(24) L. 11. §. 2. D. *de poenis*.
(25) L. 38. §. 8. D. *ad Leg. Jul. de adult. coerc.*

stra di non considerare lo stato di affetto come una specie di dolo. Ma riflettendo, che nelle leggi non si tratta di distinguere gli stati diversi dell' animo; che il giureconsulto non ha voluto col *propositum* designare il dolo in genere, ma solamente un carattere del dolo, nè con l' *impetus* tutti gli stati, che la moderna psicologia raccoglie sotto la denominazione di affetto in contrapposto a passione; un simil principio riman combattuto. La speciale disposizione, che riguarda l' adulterio, non è che un diritto, concesso *per eccezione*: il che parte si dichiara dalle particolari influenze di un principio filosofico; parte dalle leggi greche, e dall' antica massima, che dava al marito ed al padre un simil diritto; parte dalla potestà paterna e maritale, che vigeva appresso i Romani. Ma la Carolina eminentemente dimostra (26), che, secondo la consuetudine allora seguitata, l' affetto è una specie di dolo, che diminuisce la pena: e questa idea corrisponde compiutamente alla natura dell' affetto; perchè nell' uomo, che si trova nel più alto grado di esso, la coscienza del suo modo d' operare è turbata ed offuscata, ma pure in genere esiste, tantochè egli conosce l' ingiustizia della propria azione. Quindi l' uccisore nell' impeto non si scuserà giammai, allegando di aver tenuto per giusta la propria azione, ma solamente dicendo di non aver potuto fare altrimenti, cioè di non aver potuto resistere alla violenza del suo stimolo. La ragione esercita il suo diritto anche sopra l' affetto, e lo distoglie; si studia di prevenirne lo scoppio con tutte le idee sconsigliatrici: ma è troppo debole. Oltre di che il delinquente non può dissimulare a sè stesso la mala inclinazione e direzione della sua volontà allo scopo imminente: egli vuol castigare l' avversario, che lo irrita, vuol cagionargli un male, e non

(26) Art. 137.

ignora, che il mezzo, onde si vale, è pienamente idoneo.

10) Merita finalmente di essere schiarita la quistione, se il dolo, od una certa qualità d'intenzione appartenga all'essenza di fatto del delitto. I compendj insegnano di frequente, che per l'essenza di fatto dei delitti si richiede la malvagia intenzione: nè l'esigerla, o no, è cosa indifferente; perchè da ciò dipende l'idea delle azioni colpose, e facilmente si genera confusione (27). Or considerando esattamente la cosa, si vede, che il carattere della commissione dolosa non appartiene all'essenza di fatto del delitto. Se si prende il dolo in senso lato (§. 2.) è indubitabile, che niun delitto può esser punito, che quando fu commesso in stato imputabile: ma ciò riguarda semplicemente l'imputazione, e non è logico richiedere, come carattere speciale della essenza di fatto, ciò che si presuppone in tutti i delitti, e piuttostochè all'atto, si riferisce alla condizion generale della pena. Se poi qui si prende il dolo in senso stretto (§. 3.), esso non spetta all'essenza di fatto; perchè il delitto si commette ancora per *culpa*, ed è punito. Laonde il dolo non influisce sull'esistenza del delitto in genere, che rimane lo stesso anche senza dolo, ma solamente sulla diversità della punizione. Se per altro sotto la parola *dolo* si vuole intendere la *particolare qualità di volontà* in alcuni delitti, per la quale un delitto si distingue da un altro, che gli somiglia; si può in questo senso parlare di un'*essenza di fatto subiettiva*, e quindi richiedere pel delitto di furto l'*animus lucri faciendi*, ad effetto di distinguerlo da quelli di ragione illecitamente fattasi, separati da esso mediante la qualità dell'intenzione. Così può dirsi del pari che all'essenza di fatto del ratto appartenga l'intenzione diretta al godimento sessuale, ad effetto di separare questo delitto dagli altri, ond'è offesa la libertà.

(27. V. Stübel, dell'essenza di fatto del delitto §. 2.

III

DELLA PRESUNZIONE DEL DOLO MALO, A TENORE DEL DIRITTO ROMANO (DISSERTAZIONE DI *WENING* ESTRATTA DAL TOMO II. FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

I glossatori aveano dedotto da varj luoghi del *Corpus Juris* la massima, che negli atti illeciti si dee presumere la malvagia intenzione (1). D'allora in poi questa dottrina si diffuse e si stabilì nel corso di molti secoli tanto generalmente (2), che soltanto ne'tempi moderni ha risuonato una voce contro di essa (3). Tuttavia si potrebbe ammettere senza dubbio, che la maggior parte dei criminalisti è presentemente avversa a quella

(1) V. la Glossa alla L. 17. D. *de except. rei jud.* — alla L. 6. Cod. *de dolo malo* — alla L. 1. Cod. *ad Leg. Corn. de sic.* — alla L. 5. Cod. *de injuriis.*

(2) Senza qui rammentare il Menochio, il Farinacio, il Matthaei, ed altri, i cui scritti sono conosciuti abbastanza e citati da per tutto, io riferirò più volentieri, che due dei più grandi Romanisti, l'Alciato (*Comment. ad tit. de jud. cap.* 10.) e il Cujacio (*Comment. ad Cod. tit. ad L. Corn. de sic.*) pongono la presunzione del dolo malo come regola nelle azioni illecite.

(3) V. Vouglans les lois criminelles de France dans leur ordre naturelle I. 3. ch. 1. §. 7. sq. Kleinschrod Sviluppo sistematico I. §. 25. e seg. Tittmann Compendio di diritto penale I. 1. 3. §. 104. Mittermaier Compendio del processo penale II. p. 510.

presunzione; sebbene nelle opere se ne parli poco, e qualche nuovo codice penale, con l' autorità e con la possanza della legge positiva, abbia cercato altresì di procurare molti aderenti alla *praesumtio doli*. Ma una particolare disamina esegetica delle leggi non si suscitò, per quanto mi è noto, da alcun partito, oppure si sottrasse alla pubblicità; forse perchè si riputò superfluo il discutere largamente ciò che pareva che le leggi avessero chiaramente fermato, o confutare distesamente ciò che si credeva potersi spedire con poche osservazioni. Un solo difensore della presunzione, Van Reesema, formò un' eccezione, e volle più compiutamente e stabilmente fondare la sua opinione in un trattato apposito (4). Intanto mi sia permesso di tentare, se per mezzo di un nuovo esame si potessero sollevare dubbj importanti contro la massima fermamente radicata di sei secoli, e fornire occasioni a più estese ricerche.

§. 2.

La nostra età filosofica non si arrestò alle leggi positive. Si dovè desumere da principj razionali anche la dottrina legale, affinchè le nuove legislazioni non la potessero rifiutare. E quali cose mai non furono a' nostri tempi dedotte e dimostrate *a priori*? Secondo la natura dello spirito umano il principio migliore per giudicare di ogni azione dell' uomo dovrebbe essere l' intenzione: e conseguentemente la produzione di un effetto, che non sia stato il fine di quell' azione, sarebbe da riguardarsi solamente come una speciale eccezione, da dimostrarsi dall' agente, senza di che l' inten-

(4) Dissert. inaug. *de praesumtione doli in delictis*. Lugd. Batav. 1807.

zione si dovrebbe presumere (5). Merita lode l'acutezza, che si manifesta in simil discorso: ma non si può all' incontro non riconoscere la falsità del principio, se consideriamo l'uomo, qual'è, e qual si dee riguardare in tutte le sue relazioni esterne, ed in modo particolare nella provincia del dritto. In questo rispetto io non mi posso dispensare dal premettere alcune generali osservazioni, che per la loro brevità non recheranno alcun pregiudizio all' esame della legge positiva, che forma il nostro proprio argumento.

§. 3.

Solamente nell' interno della sua vita l'uomo si aggira veramente libero. Quando la sua attività è diretta all' esterno, e gli organi del suo corpo fanno visibile la volontà per mezzo dell' atto esteriore, egli è sottoposto da per tutto alle leggi della natura fisica, ed alle loro influenze, e l'atto medesimo non si può oramai riguardare in sè stesso, come un mero prodotto dell'intenzione. Inoltre, se noi consideriamo coi sensi il fatto accaduto, non sappiamo assolutamente, qual parte vi abbia avuto la virtù delle semplici facultà naturali: ed il successo è il medesimo, o sia stato pigliato di mira, o no, o nell'esecuzione sia stato alterato, a motivo di relazioni, e di circostanze involontarie. Se l'uomo fosse un essere, la cui volontà non soggiacesse nell' adempirsi ad alcuna causalità della natura, e libera e franca si attuasse, qual nacque; allora, e solamente allora il fatto fornirebbe una vera testimonianza spontanea dell' intenzione, e la illazione di questa da quello sarebbe neces-

(5) Ved. la dissertazione di Grolman « Se il dolo si presuma nei commessi delitti » Bibliot. dei dir. pen. tom. I. fasc. 2. num. 3.

saria e giusta. Ma come ciò potrebbe accadere nell'essere razionale e sensibile, i cui più forti voleri vengono così spesso mutati, curvati, e rotti da una piccola circostanza esteriore? E come sarebbe permesso di elevare il muto successo a testimone parlante?

In ogni azione, che apparisce nel mondo esteriore, la causa del fatto può sempre consistere in uno di questi tre motivi fondamentali: cioè nella volontà, nell'intelletto, e nel caso. In una certa guisa, che qui non importa richiamare ad esame, i medesimi concorrono anche unitamente. La valutazion dell'origine incomincia perciò in ogni azione concreta con una incertezza, che può essere solamente allontanata dall'indagine universale di tutte le circostanze, e di tutte le relazioni, sotto le quali avvenne il fatto. Se ci si dice in contrario, che le azioni effettuate per libera elezione formano la regola; noi contrapporremo sempre la massima irrepugnabile, che la volontà dell'uomo è soggetta nel suo adempimento a varie influenze di cognizione e di caso, e che perciò questa regola nella sua applicazione è sempre mal sicura ed incerta. Ed ancorchè finalmente noi la volessimo accettare, non se ne potrebbe trarre altra conseguenza, che quella di ammettere per elettiva un'azione, finchè non sia dimostrato il contrario. Ma in niuna maniera noi possiamo poi conchiudere il motivo della elezione, l'intenzione, e la qualità dell'intenzione. Una tal conchiusione sarebbe manifestamente falsa, perchè conterrebbe un corollario, che non risulta dalle premesse. Il perchè la sana ragione umana, la quale chiaramente riposa sopra il sentimento naturale del vero, distingue le due quistioni: « *chi ha commesso il fatto? lo* » *ha egli commesso con intenzione?* «

Chiunque perciò si propone di valutare le azioni altrui secondo i loro fondamenti, non può cominciare da

una presunzione. Lontano da ogni preconoscenza, che è visibilmente riposta nella presunzione, egli dee tranquillamente investigare la connessione del fatto con tutte le circostanze precedenti, concomitanti e successive, e tutta l'indole dell'agente, a fine di mettersi in grado di pronunziare un maturo giudizio. Quando egli per questa via non arriva a convincersi, trattiene equamente la propria opinione: ed allora è applicabile con tutto il rigore quella bellissima sentenza, così accomodata all'umana dignità e giustizia: *Quilibet praesumitur bonus, donec contrarium probatum est.*

§. 4.

Anche i Romani hanno ammesso questa idea, fondata sulla ragione: e da tutte le loro leggi sorge splendido il principio, che il dolo malo debba sempre provarsi, non presumersi, nel delitto. Perciò l'accusatore si assume l'incumbenza di dimostrare il delitto dell'accusato: e, dove il dolo appartiene all'essenza di fatto del delitto, non basta provare, che il successo nocivo fu cagionato dall'agente, ma che questi ebbe ancora il malvagio consiglio. Siccome per altro la risoluzione e la volontà dell'uomo si sottrae ad ogni osservazione sensibile; così questa prova, quando l'agente ricusa di confessare, può addursi solamente in maniera, che dalla connessione di tutte le circostanze, le quali precederono, accompagnarono, o seguirono il fatto, sia permesso desumere l'intenzione (prova indiziaria). Qui si apre certamente la gran provincia delle presunzioni: e forse alcuno potrebbe dire, che non essendo dato, siccome è chiaro, di fare a meno di esse, si possa ancora validamente cominciare con una general presunzione. Se non che il procedimento differisce essenzialmente fra caso e

caso. La presunzione della malvagia intenzione è come una macchina morta piantata all' ingresso della inquisizione penale; mentre la prova per via di presunzioni vive e veglia in ogni parte di essa. In quella potrebbe l' accusatore starsi tranquillo con le mani alla cintola a vedere, come l' accusato fosse in grado di gettar giù dalle spalle, o di sminuire il peso addossatogli; mentre in questa noi lo scorgiamo in piena attività. Nel suo intraprendimento ogni cosa dipende dal mostrare che i fatti; i quali debbono servire d' indizj, sieno fondati nella loro verità, combinati nella loro connessione, provati nella loro efficacia. Lo spauracchio della *praesumtio doli* non richiede all' opposto, nè comporta sì fatte discussioni. Non è dunque possibile in alcuna guisa un confronto: ed i Romani poteano conseguentemente ammettere una prova per via di presunzioni, mentre rigettavano la presunzione del malvagio consiglio (6).

Un caso di speciale importanza e difficoltà nel determinare la prova si presenta, quando un atto poteva avere maggiori e minori conseguenze, e nasce la quistion del successo, a cui era diretta l' intenzione. Qui parve sufficiente ai Romani, che l' accusatore fosse in grado di provare solamente in genere la malvagia intenzione, ossia generalmente il dolo. Allora incumbeva all' accusato, e per vero dire molto naturalmente, di provare i limiti più ristretti della propria intenzione. La malvagia volontà mirò forse a tutta quanta l' estensione del successo, e la restrizione è un fatto, sulla cui certezza può fornire spiegazioni solamente l' agente. Quindi la prova propriamente detta si dirigeva al dolo in ge-

(6) Mi sembra fra le altre cose, che un carattere distintivo fra il processo accusatorio e l' inquisitorio consista in questo; che il secondo si dirige principalmente a conseguire la confessione, ed il primo piuttosto ad altri mezzi di prova.

nerale, sebbene si presentassero indizj, che facessero presumere l'intenzione rivolta al maggiore, ó al minore successo. Con ciò l'accusatore avea sodisfatto al suo debito. All'accusato nulla giovava l'asserire di aver preso di mira il successo minore, ed il richieder per ciò dall'accusatore la prova del contrario. La legge ne aveva dispensato lui, ed addossato all'accusato l'incarico di provare la negativa, la quale conteneva per altro una vera affermativa. Naturalmente era alla fine un ufficio tutto proprio della reflession giudiciaria quello di esaminare esattamente le linee di confino, di ponderare le circostanze e le relazioni, e di determinare quanto si dovesse il successo imputare all'agente.

Questo è il risultato dell'indagine e dell'accurata disamina dei passi delle leggi romane; il quale sembra sorgere con chiarezza, e senza artificio d'interpretazione, anche nello stato della loro lacerazione e mutilazione. A vedere, come ciò sia vero, non bisogna in principio dar peso fuor di ragione a leggi separate, od a parole affatto isolate, ma ricercare la connession dell'intiero dai frammenti, e poscia tentare la dichiarazione delle proposizioni staccate.

§. 5.

Anzi tutto corrisponde alla natura del processo accusatorio, che l'accusatore adduca la piena prova della sua pretensione. Ma tostochè il dolo è un carattere essenziale del delitto, anche la prova di quello diventa una parte essenziale di ciò che l'accusatore dee dimostrare. L'accusa inoltre, secondo la sua natura, deve avere per conseguenza la condanna dell'incolpato. Ma questa condanna riposa sulla certezza di due fatti: cioè, che uno sia riconosciuto come agente, e che sia scoperta la sua in-

tenzione. L'accusa dunque non corrisponderebbe giammai alla propria essenza, se si dovesse limitare ad una sola parte. Di fronte all' accusatore sta l' incolpato pronto a difendersi: ma una tal difesa non è necessaria, quando l'accusatore non ha fondato la propria accusa (7); e non è stata mai necessaria, quando non è dimostrato il dolo in que' casi, in cui la legge lo esige perchè esista il delitto. Dispensando l' attore da questa parte integrante di prova, ed addossandola all' incolpato, si viene intieramente a guastare l' essenza del processo accusatorio. Quindi ciascuno, secondo il consiglio degl' imperatori, dee guardare di promuovere cautamente l' accusa, munito delle prove richieste (8). Ciò vien confermato anche meglio da altri due luoghi; giacchè nell' uno (9) la intermissione del giudizio, e nell' altro (10) la conseguenza della calunnia si fa dipendere dalla prova difettosa dell' accusatore. Ed effettivamente non può stare, che si ristringa la espressione *probare* alla prova del fatto. Se

(7) « *Actor, quod adseverat, probare se non posse confitendo, reum necessitate probandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* » L. 23. Cod. *de prob.*

(8) « *Sciant cuncti accusatores, eam rem deferre in publicam notionem debere, quae munita sit idoneis testibus, vel instructa apertissimis documentis, vel indiciis ad probationem indubitatis, et luce clarioribus expedita* ». L. ult. Cod. *de prob.* — Conf. la *const.* 3. *Cod. Theod.* (9. 37.) *de abolit.* — Anche più chiaramente Teodoro: « *Crimina probari debent, vel testibus, vel indiciis liquidis et luce clarioribus. Et in criminibus actor onus probandi sustinet* » V. Fabrot. Basil. lib. 22. tit. 1. tom. III. pag. 70. not. c.

(9) « *Si quis homicidii crimen existimat persequendum, secundum juris publici formam debebit eum, qui in primordio homicidii postulaverit reum, neque probaverit, ideoque reus absolutus est, praevaricationis arguere* » L. 11. Cod. *de accus.*

(10) « *Qui non probasse crimen, quod intendit, pronunciatur, si calumniae non damnatur, detrimentum existimationis non patitur* » L. 3. Cod. *de calumn.*

questa limitazione non si raccoglie evidentemente da altri passi, nulla ci autorizza ad ammetterla arbitrariamente. Il verbo dee frattanto intendersi nel senso di piena provazione, e contiene così un appoggio sicuro per la nostra opinione.

§. 6.

Reesema, per sostenere la sua tesi, provoca singolarmente all'*Auctor ad Herennium*, la cui opera contiene molte cose intorno all'accusa ed alla difesa, ed è quindi meritevolissima di una speciale attenzione. Ma io rimasi altamente sorpreso, quando mi avvenne di trar profitto dalla medesima opera per sostenere il contrario, e così mi si fece manifesto, che Reesema, solamente staccando i singoli passi dalle loro connessioni, aveva potuto tentare la prova del suo assunto. Imperocchè appena si legge tutto il libro da un capo all'altro, non solamente sparisce ogni dubbio, ma risulta con tutta precisione, che, secondo il convincimento dell'autore, l'accusatore deve assolutamente provare anche la malvagia intenzione. E singolarmente nel primo capitolo del secondo libro egli parla della prova e della controprova, e rispetto alla prima adduce per dimostrare l'accusa quegl'indizj, da cui si deve desumere la malvagia intenzione (11). Anche più minutamente dimostra il me-

(11) « *Hic accusator in spe commodi cupiditatem ostendet adversarii, in vitatione incommodi formidinem augebit ..... Deinde vita hominis ex ante factis spectabitur. In quo primo considerabit accusator, num quando simile quid fecerit. Si id non reperiet, quaerat, num quando venerit in similem suspicionem, et in eo debebit esse occupatus, ut ad eam causam peccati, quam paulo ante exposuerit, vita hominis possit accomodari hoc modo. Si dicet pecuniae causa fecisse, ostendet,*

desimo nell'esempio di un'accusa, che si contiene nel decimoquarto capitolo dello stesso libro.

Cicerone medesimo in quelle orazioni, nelle quali fa la parte di accusatore, ci fornisce squisitissimi documenti di ciò. Egli non si contenta mai di produrre i semplici fatti, e di sostenerli per mezzo di testimonianze: ma noi lo vediamo indefessamente occupato a scoprire accuratissimamente la cattiva volontà, la turpitudine, e la malvagia intenzione dell'incolpato, ed a notarla come base dell'avvenimento. Per entro a tutti i luoghi della sua opera *de oratore* si mostra il più grande ingegno nell'indicare il modo di far chiaro ai giudici, che l'atto nocivo provenne dalla risoluzione e dalla volontà dell'incolpato, e che questi è un uomo abietto e malvagio, e degno di condanna.

§. 7.

È un principio fermo ed autorevole del diritto romano, che ognuno, il quale incolpa un altro di dolo, debba convenientemente provarlo. Fra gli altri passi, che si possono addurre in conferma di ciò (12), il più im-

eum semper avarum fuisse; si honoris, ambitiosum: ita poterit animi vitium cum causa peccati conglutinare ». E nel capitolo 4. sono notevoli le parole: » *Deinde interponetur ab accusatore suspicio ex constitutione conjecturali, quare putetur, non ea ratione factum esse, quo melius deteriori anteponeretur, sed dolo malo negotium gestum* ». Conf. Cic. de invent. II. 36: « *Adversarius autem male facta augebit, nihil imprudenter, sed omnia ex crudelitate et malitia facta dicet* ».

(12) L. 6. D. *de probat.* « *Patronum manifeste docere debere, libertum in fraudem suam aliquid fecisse* « Al qual luogo il Cujacio nota: « *Et generaliter qui dolum adversario objicit, ei incumbit probatio*». Nella L. 18. §. 1. D. *eod.* Ulpiano dice: « *Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet*».

portante è la L. 6. *Cod. de dolo malo* (13): la cui sentenza acquista anche maggior peso, se la consideriamo insieme con la L. 9. Cod. *quod met. cau.* (14). Il timore può in fatti esser provato dalla qualità dell' azione, che gli diede motivo: ma non così il dolo, che richiede una prova affatto diversa, mediante il confronto e l' esame di tutte le particolari circostanze e relazioni (15).

Se non che si potrebbe dire, che questa disposizione vale solamente per le azioni e pretensioni civili, e non pel processo criminale. Ma questa sarebbe un' obbiezione veramente strana, e di cui si può dimostrare assai chiaramente la nullità. Ogni azione, in cui si presenta un dolo, il quale serve di base all' *actio de dolo*, è certamente illecita (16), e contraria al diritto: ed il principio, che nelle azioni illecite il dolo si debba presumere, è dunque apertamente falso nella sua generalità. Si dovrebbe in fatti asserire, che ogni qual volta si promuove un' azion criminale, ha luogo la *praesumtio doli*. Dalla quale inconseguenza per altro ci può tenere sicurissimamente lontani la considerazione del modo, in cui l' *actio doli* e la querela criminale concorrono insie-

(13) « *Dolum ex indiciis perspicuis probari convenit* ». E nulla cangia, se si legge *insidiis* in vece d'*indiciis*. A ciò i Basilici (X. tit. 3. cap. 4.) aggiungono: « *Nec enim ex nuda qualibet suspicione dolum definire oportet* ».

(14) « *Metum non jactationibus tantum, vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit* ». Quindi Cujacio dice allo stesso luogo: « *Metum ex atrocitate facti probari convenit, dolum autem ex insidiis perspicuis* ».

(15) A ciò mirano anche altre Leggi, le quali dispongono, che da un fatto solamente non si debba conchiudere il dolo. L. 4. e L. 10. Cod. *de resc. vend.*

(16) Paolo la chiama un *crimen* « *Item exigit praetor, ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit. Scire enim debet actor, in qua re circumscriptum sit: nec tanto crimine vagari* ». L. 16. D. *de dolo malo.*

me; imperocchè si danno certamente dei casi, in cui l'accusatore si può servire dell' *actio de dolo*, e di una querela criminale. Ciò avviene per esempio, secondo la decisione d'Ulpiano, nella falsità testamentaria (17), la quale è senza dubbio un delitto. Or se io intento l' *actio doli*, debbo, a tenore di leggi incontroverse, dimostrare la malvagia intenzione. Come dunque? E s'io vengo avanti con la querela criminale, il dolo si dovrà allora presumere? Io non so, se fra tutte le interpretazioni, che si sono tentate sopra qualche legge del diritto romano, ve ne sia stata mai altra, che abbia meritato più di questa il nome di ridicola e di assurda. Noi possiamo ravvisare lo stesso nel delitto di omicidio. Il padrone dello schiavo dolosamente ucciso può farsi avanti contro il danneggiatore con l' *actio doli* (18). Per altro, se vuole ottener vittoria, bisogna che provi la malvagia intenzione. È bensì applicabile al caso anche la *lex Cornelia de sicariis*, e dipende dal padrone danneggiato l'aprir la via della querela criminale (19). Come potrebbe esser qui dispensato dalla prova, che dee nel primo caso assolutamente intraprendere? Così l'ammettere la presunzione del cattivo proposito conduce ad una assurdità, che non si può in verun modo rimuovere. Ed io credo perciò, che di fronte a tanta evidenza di argumenti, ed alle leggi, che ri-

(17) « *Item si tabulae testamenti, ne de inofficioso diceretur, diu suppressae sunt, mox mortuo filio prolatae; heredes filii adversus eos, qui suppresserunt, et lege Cornelia, et de dolo posse experiri* ». L. 9. §. 2. D. *de dolo malo*. Sotto questa *lex Cornelia* non può intendersi altra legge, che quella *de falsis*, della quale la L. 2. D. *eod.* dice: « *Qui testamentum amoverit.... dolo malo, cuiusve dolo malo id factum erit, Legis Corneliae poena damnatur* ». Conf. L. 1. D. *de publ. jud.*, e Paul rec. sent. V. 25.

(18) L. 18. §. 5. D. *de dolo malo*: « *Si servum, quem tu mihi promiseras, alius occiderit, de dolo malo actionem in eum dandam*.

(19) L. 1. §. 2. D. *ad L. Corn. de sic.*

chiedono in genere, senza aggiugnere una limitazione, la prova del dolo (20), noi siamo costretti ad interpretare altrimenti quei passi, che sembrano accennare una presunzione.

§. 8.

Una notevole applicazione della L. 6. Cod. *de dolo malo* è contenuta nella L. 1. §. 3. D. *ad L. Corn. de sic.* (21). Se ciò si confronta con la *Coll. Legum Mosaic. et Rom.*, la quale contiene anche più compiutamente il riferito rescritto (22); risulta chiaramente, tuttochè si possa disputare di alcune parole, e della loro posizione, che fa d'uopo aver riguardo solamente alle circostanze ed alle relazioni del fatto, quando si vuol giudicare dell'intenzion dell'agente. Ciò è manifestamente indicato dalle parole *ex re constituendum est*. Adriano riferisce in questo rispetto due fatti, che si debbono con-

(20) I Basilici fanno una notevole aggiunta alla L. 6. Cod. *de dolo malo* (10. 3.) « *Haec autem constitutio latius porrigitur, quia generaliter definit de omni dolo, non de actione mera de dolo.*

(21) « *D. Hadrianus rescripsit, eum qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse: et qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidat, pro homicida damnandum: et ex re constituendum hoc: nam si gladium strinxerit, et in eo percusserit, indubitate occidendi animo id eum admisisse: sed si clavi percussit, aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam poenam eius, qui in rixa causa magis, quam voluntate, homicidium admisit* ». La parola *causa* offre a mio credere un senso compiuto, senza bisogno di sostituirle *casu*.

(22) « *Et qui hominem occidit absolvi solet, scilicet si non occidendi animo id admisit: et qui non occidit, sed voluit occidere, pro homicida damnatur. E re itaque constituendum est ex quo ferro percussit ipsa funditus. Nam si gladium instrinxit, aut telo percussit, quid dubium est, quin occidendi animo percusserit? Si lapide percussit, aut cucuma, aut, cum forte rixaretur, ferro percussit, sed non occidendi mente* ». Schult. pag. 730.

siderare: la specie dell'arme, o l'instrumento, con cui fu fatta l'offesa, e se le diede occasione una rissa. Ma se noi ci teniamo al senso della L. 6. Cod. *de dolo malo*, non si può in alcun modo pensare, che solamente ed esclusivamente con l'instrumento possa provarsi il dolo, ed è una conclusione precipitata il piantare immediatamente la regola: *Gladium qui stringit, et eo percucutit, dolo malo fecisse praesumitur*. Quello piuttosto, che viene dal passo delle pandette anche più chiaramente significato, si potrebbe con maggior precisione intendere dell'intenzion relativa all'estension del successo: nel qual caso, se è lecito decomporre il passo medesimo con qualche latitudine, mi pare che offrirebbe il senso seguente. Quando uno ha ucciso un altro, non è subito cosa certa, che avesse *l'intenzione di uccidere*: ma ciò dee risultare dall'esame di tutte le circostanze e di tutte le relazioni, cioè dalla connessione dell'intiero fatto. Imperocchè la volontà dell'agente può esser diretta, o per l'appunto all'omicidio, o solamente all'offesa, o neppure a questa. Nei primi due casi importa sommamente il guardare all'instrumento, col quale fu commesso l'omicidio. Chi non crederebbe in fatti (presupposti altri motivi, che permettano in genere di dedurre la cattiva intenzione), che colui, il quale con la spada brandita corre addosso ad un altro, lo volesse piuttosto uccidere, che semplicemente offendere, o ferire? Non possiamo ammetter lo stesso, quando uno menò un instrumento, che non si suole scegliere per un fatto di tal sorta.

Noi accreditiamo questa dichiarazione, che a parer nostro corrisponde pienamente alle parole della legge, e che sta inoltre in bellissima consonanza con quanto è disposto dalla L. 6. Cod. *de dolo malo*, e può considerarsi come un esempio, che la schiarisce. Se volessimo all'incontro riconoscere la *praesumtio doli* nel passo delle pan-

dette, questo starebbe con sè medesimo e con la legge del codice in una visibil contradizione, che sarebbe malagevolissimo dissipare.

Ciò sia detto in prova della nostra opinione. Rimane adesso a dichiarare quelle leggi, per mezzo di cui gli avversarj vogliono confermare la loro. Io voglio incominciare dai frammenti delle pandette, perchè le constituzioni del codice, alle quali si attribuisce il massimo peso, mi serviranno a schiarire la prova dell' intenzione in quegli atti, che possono avere più conseguenze.

§. 9.

Molto seriamente sembra parlare della presunzione del malvagio proposito la L. 7. pr. D. *de admin. et per. tut.* (23). Quando il tutore omette di compilare l'inventario, si dee ritenere, che lo abbia fatto con cattiva intenzione, a meno che non si possa discolpare con una causa necessaria e giustissima. Dunque nell' azione illecita del tutore, e perciò in generale nelle azioni contrarie al diritto, si presume il dolo. Un esame più diligente di questa relazione giuridica ci convincerà tosto del contrario.

Uno dei primi e più importanti doveri dell' ufficio tutorio nello stesso assumerlo, e prima di maneggiare con la qualità di *persona publica* il patrimonio pupillare, è quello di compilare l' inventario. Siccome il pupillo potea facilmente esser vittima di fraudi inosservate; così in tutti i casi fu necessario esser certi di che, e di quanto si ritrovava nel suo patrimonio. Quindi il rigor del-

(23) « *Tutor, qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium appellatur, dolo fecisse videtur, nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit* ». Conf. la L. 13. Cod. *Arbitrium tutelae.*

le leggi, che, tranne il caso di niun patrimonio, ed in cui perciò nulla vi sia da descrivere, non concedono in questo proposito altra eccezione, che quella indicata nella L. 13. Cod. *Arbitrium tut.* alle parole *nisi testatores* ec. L'inavvertenza, la negligenza, e perciò la *culpa* nel suo contrapposto al *dolus*, non discolperebbero mai, ancorchè il tutore fosse in grado di dimostrare, che la sua omissione provenne da sì fatti motivi. Sempre hanno luogo le più pregiudicevoli conseguenze per lui, il quale, senza che si faccia in tal caso la menoma differenza fra dolo e colpa, è considerato assolutamente come doloso; piuttosto perchè le leggi vogliono applicargli i mali, che altresì colpiscono solamente il doloso, che per la credenza, in cui sieno, che l'omissione non possa derivare d'ordinario che da malvagia intenzione, e che questa si debba per tal motivo presumere. Di qui anche l'espressioni: *dolo fecisse videtur*, *quasi suspectus*. Sebbene la sola negligenza potesse indurre il tutore; la legge non ha riguardo a ciò, e non ammette simili scuse. Ma con qual diritto questa speciale disposizione si possa estendere ad altri casi, e dedurre da essa una presunzione della malvagia intenzione negli atti illeciti, non si può realmente comprendere (24). Io affermo piuttosto, che ogni qual volta il tutore si fa addebitare di altre frodi, in virtù delle quali soggiace a pene particolari, il dolo debb'esser provato contro di lui. E mi rallegro di poter dichiarare la verità di questa opinione con testi indubitabili, i quali, esprimendo che la pena non può essere applicata, che quando l'accusatore abbia

(24) Glück nel comentario alle pandette IV. p. 111. *ad tit. de pact.* §. 293-295 ha perciò riferito questa legge al caso, in cui il dolo si presume a dirittura, ed ha separato da essa il principio giuridico, a tenore del quale nelle azioni illecite si dee presumere la malvagia intenzione.

dimostrato la malvagia intenzione, ottimamente distruggono la *præsumtio doli* (25).

§. 10.

Prima di scendere alla illustrazione delle altre leggi, è d'uopo che qui inserisca una piccola riflessione sopra un oggetto molto affine.

Quando l'attore fonda la sua azione sul rigoroso diritto civile, ma pure il suo procedimento è appoggiato ad una disonestà, in quanto che scientemente richiede quello, che non può altresì pretendere, almeno in un dato modo, il compulsato gli può opporre la *exceptio doli* (26). Nulladimeno dee questi provare il dolo (27), come l'attore, che promuove l'*actio doli*. Gran fortuna, che le leggi lo abbiano chiaramente e specialmente dichiarato! Chè altrimenti tutti i frammenti del titolo *de doli mali et metus exceptione* avrebbero dovuto verisimil-

(25) L. 1. §. 8. D. *de susp. tut.* » *Si quis de plebejis ob facta atrociora in tutela admissa apud praetorem accusatus, remittitur ad praefectum urbis graviter puniendus*». L. 2. eod. «*Libertus quoque, si fraudulenter gessisse tutelam filiorum patroni probetur, ad praefectum urbis remittetur puniendus*». Ambedue questi passi stanno in connessione con la L. 1. §. 7. D. *de off. praef. urb.* «*Solent ad praefecturam urbis remitti etiam tutores, sive curatores, qui male in tutela sive cura versati, graviore animadversione indigent, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia: quos probari poterit, vel nummis datis tutelam occupasse, vel praemio accepto operam dedisse, ut non idoneus tutor alicui daretur, vel consulto circa edendum patrimonium quantitatem minuisse, vel evidenti fraude pupilli bona alienasse*».

(26) «*Ideo autem hanc exceptionem praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit*». L. 1. §. 1. D. *de dol. mal. exc.*

(27) «*Docere igitur debet is, qui objicit exceptionem, dolo malo actoris factum, nec sufficit ei ostendere, in re esse dolum*». L. 2. pr. D. *eod.*

mente servire a pro della *praesumtio doli*. Così Ulpiano insegna, che quando vien fissato un termine, mediante un patto successivo ad una stipulazione, prima che quel termine sia spirato non si può pretendere l'adempimento della obbligazione, e che insieme con la *exceptio de pacto convento* concorre ancora la *exceptio doli*, in quanto che l'attore opera dolosamente (28). Pure la coerenza è naturale, ed egregiamente analizzata negli esempj proposti. Non vi sono che relazioni e circostanze esterne, in somma azioni visibili che facciano desumere l'intenzione. Importa dunque molto dimostrare e rendere evidenti questi contrassegni esterni, che possono servire a questo effetto, e che il compulsato deve dedurre, per fornir la sua prova. A ciò mira l'esame dei moltiplici casi, che sono raccolti nel detto titolo, e che fanno riconoscere il tesoro dell'esperienza dei romani giureconsulti.

Per tal modo se io posso dimostrare contro l'attore, che egli ha aderito ad un termine, o che ha preso un anticipazione di usure per un tempo determinato, e che ora vuol ripetere il capitale prima che quel tempo trascorra (29); se, dopo aver fatto un pagamento al pupillo *sine tutoris auctoritate*, posso dimostrare, che il pupillo medesimo è divenuto più ricco in grazia del mio pagamento (30); se io, come erede, prometto l'intiero al legatario, che ha senza mia saputa occultato il codicillo, che gli toglieva una parte del legato, e poscia deduco

(28) « *Dolo enim facere eum, qui contra pactum petat, negari non potest* ». §. 4. *eod.* Dice forse questo passo, che il compulsato non debba provare la sua eccezione, perchè la presunzione sta contro l'attore? Ripeto, che ci dobbiamo veramente rallegrare, che ci sia stato conservato il principio della L. 2. D. *eod.*

(29) L. 2. §. 6. D. *eod.*

(30) L. 4. §. 4. D. *eod.*

quell' atto contro di lui; o se quel codicillo fu ignoto da principio ad amendue, ma dopo il suo ritrovamento il legatario persevera nella sua pretensione (31); non si dovrà ammettere, ov' io possa dimostrare tali precedenti, che io abbia fornito la mia prova? In tutti questi casi non s' incontra dunque giammai la presunzione del malvagio proposito: ma solamente si ritiene, che certe azioni indichino sufficientemente il dolo, e che per mezzo della loro dimostrazione rimanga ancora provata la malvagia intenzione. Laonde quando si presentano l' espressioni — *dolo factum esse*, *negari non posse* — *dolo fecisse videri* — *dolum videri* — *dolum esse*; le medesime non vogliono affatto significare, che il dolo sia presunto, e che non si richieda la prova di esso, ma bensì che l' azione è di tal maniera, che fornisce un' indicazione del dolo, la quale serve di prova per questo, o quel caso. Ciò premesso, noi ci vogliamo rivolgere ad esaminare gli altri frammenti delle pandette.

§. 11.

Nella L. 1. §. ult. D. *Depositi* (32) ci viene innanzi un esempio molto notevole. Se l' erede aliena una cosa commodata al testatore, o depositata presso di lui, senza sapere che fosse commodata o depositata, non è tenuto per la cosa, perchè non operò dolosamente. Ma se al contrario non vuol restituire quello,

(31) L. 36. D. *de V. O.*

(32) « *Quoniam autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignorans depositam, vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit* ».

che ricavò dall' alienazione, soggiace all' azione, perchè il ritenersi il fatto guadagno è atto ingiusto e doloso, cioè svela una malvagia intenzione. Certamente l' erede è tenuto, ancorchè per un qualche motivo nulla ricavasse dall' alienazione, in quanto operò dolosamente. Ma l' alienazione in sè stessa, benchè rispetto alla cosa altrui fosse ingiusta, non può fornire alcuna prova di ciò, perchè l' erede la potè intraprendere, tanto scientemente, quanto per ignoranza. È certissimo, che in tali circostanze il depositante o il commodante dee provare in altra guisa, che l' erede alienò dolosamente; perchè il dedurre la distrazione avvenuta non basta. La cosa muta d' aspetto, quando l' erede neghi la restituzione a chi la pretende. Ciò indica chiaramente la ingiusta intenzione di volersi arricchire con danno altrui. Come nella *exceptio doli* si dedussero atti, che bastarono a provare la malvagia intenzione; così nel caso presente si giudica del rifiuto di restituzione, senza che si tratti menomamente di una presunzione. Ove si ammettesse, come ordinariamente si fa, la distinzione fra *dolus ex proposito*, e *dolus ex re*, questo frammento presenterebbe anche minore difficoltà. Ma sì fatta distinzione a mio parere non vale (33), e perciò non la pongo a profitto.

(33) Dal momento, in cui, dopo avere intrapreso l'azione, mi accorgo di aver danneggiato l'altro, subitochè, richiamato ad emendare l'offesa, rifiuto, io sono *in dolo*, e tutta la differenza starebbe solamente in questo: che il dolo una volta ha luogo avanti, un' altra volta dopo. La qualità del dolo non cangia, e quello *sine proposito* non esiste mai. Quindi molto giustamente dice Donello ad L. 36. D. *de V. O.* « *Non ex praeterito dolo hanc exceptionem esse, sed ex praesente; licet enim eo tempore, quo actor stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen eum dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere, quum sine causa esse intelligat* ». L'*actio doli* ha luogo ancora nel così detto *dolus ex re*. V. le LL. 26-30. D. *de dolo malo*. Nei casi ivi riferiti l'azione

Fa bensì tanto maggior meraviglia, che per tal motivo a provare la *praesumtio doli* non si faccia uso di questo passo, ma di un altro, che contiene il medesimo caso. Intendo parlare della L 8 §. 9. D. *mandati* (34). Una delle più importanti obbligazioni del mandatario consiste nel restituire e consegnare ciò, che ha acquistato, mediante la gestion dell'affare, pel mandante. Rispetto a questa restituzione Ulpiano dice, che sembra operare dolosamente colui, che non vuol restituire quando potrebbe. La sentenza è effettivamente ragionevole. Io provo, che il mio mandatario ha preso possesso di una cosa per mia commissione, che la ritiene, che è in grado di consegnarla, ed egli ricusa di far ciò — *non vuol restituire*. — Potrei io provar meglio la sua ingiusta intenzione (35)? Che del resto tutto dipende dalla *volontà:* e che per questa non si possa intendere la semplice omissione di restituzione, è evidente di per sè. Io non posso incolpare di malvagia volontà il mandatario, quando non restituisce, tuttochè ne abbia il potere; chè la deduzione di questo fatto non offre alcuna prova del cattivo proposito. Dee bensì essere intervenuta un'azione, onde risulti, che il mandatario non voglia restituire (36). La prova soffre necessariamente un cangiamento, quando si presenta un'altra azione illecita del mandatario. Ciò si rileva molto chiaramente dal para-

non ha certamente per gli eredi la consegnenza dell'infamia: ma ciò non è applicabile quando uno è citato per un sì fatto dolo, in quanto non sieno decorsi i due anni, ne'quali ha naturalmente luogo la sola *actio in factum*. Una piena dimostrazione, che qui non sarebbe accomodata, mi riserbo a darla in più opportuna occasione.

(34) «*Dolo autem facere videtur, qui id, quod potest restituere, non restituit*».

(35) V. Hasse la *culpa* del diritto romano pag. 478.

(36) V. L. 44. D. *Mandati*, e conf. Köhler Interpr. et emend. juris rom. II. 10. Glück Pandette XV. pag. 303. not. 47.

grafo successivo (L. 8. §. 10. D. *mandati*): nel quale il giureconsulto non dice già « *dolo autem facere videtur, qui id, quod emere debuit et potuit, emere neglexit* » . Nè io avrei provato affatto il dolo, se potessi dimostrar solamente, che il mandatario, incumbenzato di comprare, ha omesso la compra, sebbene fosse in grado di farla. Dedurrei al contrario una prova valevole, se mostrassi, che il mandatario prese danaro da un altro comprator della cosa, che doveva acquistarsi per me, e si astenne perciò dalla compra (37). Intieramente il medesimo di ciò che si è detto finora è della L. 36. D. *de pecul.*, e sarebbe veramente superfluo il fornirne speciale schiarimento. Il giureconsulto in proposito della circostanza probatoria si esprime in quel passo anche più chiaramente (38), in quanto che la *volontà* vi è precisamente rilevata.

§. 12.

Non dee rimaner dimenticato un altro passo, a cui già la Glossa esclamò *Mirabilia!* — *quod quis praesumitur in dolo, nisi contrarium probet* (39). Il passo, onde parlo, è la L. 17. D. *de except. rei jud.* (40). Chi fu già in possesso, a tenore di essa dovrebbe provare, che lo ha perduto senza cattiva intenzione, e tostochè non fosse più in possesso, si presumerebbe il dolo. Qual contradizione!

(37) « *Sed et si dolo neglexisti, forte enim pecunia accepta alii cessisti....* L. 8. §. 10. D. *Mandati.*

(38) » ... *Qui cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere*».

(39) Anche il Cujacio *in Comment. ad tit. de probat. et praesumt.* cerca di conciliar questa legge con la *Constit.* 6. Cod. *de dolo malo.*

(40) « *Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo desiisse possidere.....*»

Che l' attore debba generalmente provare il possesso nel compulsato, ognorachè gli richieda una cosa, è fuori di controversia. Ma questo possesso, per non far menzione di un altro caso, è *finto*, quando il compulsato cessò di possedere *dolo malo*. Il perchè Paolo (41) dice assai bene: *pro possessione dolus est* (42). Tutto si riduce dunque al punto, che il compulsato operasse dolosamente: ed è chiaro, che l' attore non dimostra il possesso, che quando prova il dolo. Il possesso poi non si finge, quando fu perduto semplicemente, ma quando fu perduto *dolo malo*. Sarebbe perciò gravissima stoltezza l' ammettere, che all' attore non faccia mestieri d' altro, che di dedurre, che l' avversario abbia una volta posseduto, e si è spogliato dipoi del possesso. *Dolus pro possessione est*, e l' attore dee provare il dolo, come il possesso. È molto notevole a questo riguardo la L. 9. §. 2. D. *ad exhibend.* (43). Piena di significato è l' addizione: *si modo hoc dolose fecerit*: e sicuramente non è questo un pleonasmo, che in tanta importanza del caso sarebbe appena perdonabile ad uno scolare. Il senso potrebbe esser questo: « chi consegna ad un altro la cosa altrui, » sembra quasi dirigere il suo dolo a torre di mezzo il » possesso, *in quanto ebbe in genere una cattiva intenzione* ». Noi dobbiamo dunque interpretare in altra guisa anche la L. 17. D. *de except. rei jud.* Ivi si tratta in fatti del caso, nel quale il compulsato deduce la controprova, provocando ad un fatto, che dimostra; o del caso, in cui l' attore non potè fornire la prova, onde si dice, che il compulsato ha provato di non aver perduto *dolo malo* il

(41) L. 131. D. *de R. J.*

(42) Conf. Gothofr. in Comm. ad tit. D. *de R. J.*

(43) « *Si quis rem fecit ad alium pervenire, videtur dolo malo fecisse, quo minus possideat, si modo hoc dolose fecerit* ».

possesso (44). Un caso simile, che pone in una luce anche più chiara il presente, s'incontra nella tutela (45). Dal momento, in cui uno sa di esser tutore, soggiace ancora al pericolo della tutela. Ma la prova della *scientia* deve esser dedotta dal pupillo, secondo un evidente responso delle pandette. Chi per altro non consulta questo frammento (46), e piglia isolatamente la L. 5. Cod. *de peric. tut.* (47), può facilmente riconoscervi, come ha fatto la Glossa (48), l'assurdo principio, che il tutore debba provare la propria ignoranza, e che la sua *scientia* si presuma: mentre la detta constituzione non fa che imporre molto giustamente al tutore di provare la sua affermazione rispetto all'essenza di fatto di una *justa causa* allegata, e tratta perciò di una vera e propria controprova (49).

§. 13.

Fra le constituzioni imperiali ci si presenta in primo luogo la L. 24. Cod. *ad L. Corn. de fals.* (50), per-

(44) Il Cujacio l. c. dice « *Is qui dicit, se desiisse sine dolo, id satis probat actore non probante* ». Conf. la L. 6. Cod. *Qui militare possunt*.

(45) « *Ex quo innotuit tutor (i), se tutorem esse, scire debet periculum tutelae ad eum pertinere* ». L. 5. §. 10. D. *de adm. et per. tut.*

(46) « *Hoc autem, quod cognovit tutor, pupillus probare debet* » L. 6. D. *eod.*

(47) « *Si tutor petitus, vel testamento datus, tutorem se constitutum esse, non ex remissionis negligentiae vitio, sed justa ignorationis ratione non didicisti, idque liquidis probationibus ostenderis etc.* ».

(48) Alla L. 17. D. *de exc. rei jud.* La glossa per altro non si arresta a ciò, ma ammette che ancora in questo caso debba presumersi il dolo.

(49) Ciò è palesemente indicato dalla allegazione di una *justa ignorationis ratio.*

(50) *Praebemus licentiam, ut sive civiliter, sive criminaliter,*

chè sembra da essa, che l'incolpato debba intraprendere la prova contro l'accusa. L'errore per altro può esser tolto di mezzo, senza grave difficoltà. Diversi passi della medesima collezione legale, onde è stata pigliata questa constituzione (51), mettono fuor di dubbio, che l'accusatore dee sempre dimostrare il falso, ed il senso, che risulta dall'insieme, è il seguente (52). Chiunque appoggiava la sua pretensione a documenti privati, doveva, se la parte avversa ne impugnasse la sincerità, dimostrar questa in altro modo; perchè per regola i documenti privati non facevano valida prova. Se quegli all'opposto, contro di cui si produceva il documento, intentava l'azion civile o criminale per la falsità, allora doveva ancora fornire la prova del falso, sebbene il compulsato, quando deducesse dei fatti a propria discolpa, dovesse anch'egli provare per la sua parte (53). La evi-

ut actor elegerit, super prolatis codicillis vel aliis instrumentis requiratur, incumbat probatio fidei instrumenti ei primitus, qui scripturam obtulerit, deinde ei, qui stricta instantia falsum arguere paratus sit ».

(51) Const. 2. Cod. Theod. *de testam. et cod.* (4. 4.)

(52) Const. 4. Cod. Theod. *de fid. test.* (11. 39.) » *Is qui de ea* (scriptura) *dubitat, falso conscriptam, cogatur ostendere* ». E la Const. 6. *eod.* « *Falsa porro a quibus aliis demonstranda est, quam ab illis, qui negant, ei esse credendum* ».

(53) A ciò si riferisce anche la L. 20. Cod. *ad L. Corn. de fals.* la quale è cavata dalla Const. 2. Cod. Theod. *de fals.* (9. 19.) espressa con le seguenti parole: « *Nec accusatori tantum quaestio incumbat, nec probationis ei tota necessitas indicatur, sed inter utramque personam sit judex medius* ». La miglior dichiarazione di questo passo è data dagli Scoliasti ai Basilici nel tit. *de probat.* (22. 1.) Fabr. III. p. 69. not. 6. e pag. 70. not. c. ed al tit. *ad L. Corn. de fals.* (60. 41.) VII. p. 741. not. a. e c. « *Quaedam falsum id esse subindicantia, veluti additiones, mutationes, vel rasurae, vel literarum dissimilitudines, non debeat judex ab actore solum falsi probationem exigere, sed et a reo non falsi .... Ita intelligi-*

denza della constituzione vien posta per altro in sodo, anche notando un cangiamento storico. Mentre da prima ogni controversia civile, tostochè in essa nasceva una quistion criminale, s'interrompeva, e valeva la massima *de crimine prius, quam de causa civili cognoscendum*, Costantino fece un'eccezione nel falso (54). Giustiniano preferì l'antico diritto, ed abolì l'eccezione (55). Ora la L. 24. Cod. *ad L. Corn. de fals.* parla precisamente di questo caso, e perciò appone la giunta « *deinde ei* ec. », la quale manca nel codice teodosiano (56).

§. 14.

Incomparabilmente più difficile è la L. 5. Cod. *de injuriis* (57). Tutta quanta la dottrina delle ingiurie, a tenore del diritto romano, è tuttora avvolta, per quanto mi pare, di molta oscurità: e sarebbe assai malagevole scoprire un principio generale ed un punto fermo, per giudicare in ogni caso dell'esistenza di un'ingiuria ai termini del diritto romano. Che l'ingiuria non si riferisse solamente alla ferita dell'onore, ma avesse una molto più larga estensione, si può dimostrare abbastanza, esaminando i singoli esempj, che si presentano nelle pandette (58). Forse l'ingiuria si dovrebbe special-

tur, non ut quidam dicunt, cogi reum probare contra se institutum crimen».

(54) V. la const. 2. C. Theod. *de fals.* e il Gothofr. nel comm. ivi III. p. 179.

(55) L. 22. Cod. *de fals.* Conf. con la const. 2. Cod. Theod. l. c.

(56) Io leggerei qui più volentieri con Haloander *instructa instantia*, tuttochè anche la lezione *stricta* offra un senso consimile.

(57) « *Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit* ».

(58) V. L. 1. §. 38. D. *depositi* — L. 8. pr. D. *de relig.* — L. 25. D. *de act. emti.* — L. 15. §. 31. L. 15. §. 7. L. 44. D. *de injur.*

mente ammettere, allorchè non è stato offeso il patrimonio, nè arrecato perciò alcun vero danno, ma pure ha avuto luogo una violazion del diritto, in guisa che l'*actio injuriarum* si debba considerare sussidiaria, all' incirca come l' *actio doli*. Per altro fu sempre condizione essenziale l'*animus injuriandi*, sotto il quale nella larga periferia dell' ingiuria nient' altro possiamo intendere, che la violazione intenzionale e consapevole del diritto. Questa bensì non risulta mai dall' azione ingiuriosa così chiaramente, da poter ammettere con fondamento, che quando si presenta l' una o l' altra azione, l' *animus injuriandi* non manchi. Anzi incontriamo una moltitudine di casi, in cui si possono immaginare diversi motivi dell' azione, senza che vi concorra ancora l' *animus injuriandi* (59). In questa incertezza pertanto il volere ammettere una presunzione contraddirebbe per una parte al principio, per cui l' *animus injuriandi* constituisce il vero e proprio fondamento dell' azione (60), e per l' altra alla massima, che l' accusatore sia tenuto sempre a provare la malvagia intenzione (61). Questo principio costante, che l' attore debba in ogni caso provare il fondamento della sua azione, vuolsi applicar tanto più nella presente materia, in quanto è sommamente incerto, se trovi luogo l' azione; avvegnachè si rimanga in dubbio intorno alla condizione essenzialissima della medesima, vale a dire all' *animus injuriandi*. Si trova in ciò per avventura una difficoltà maggiore, che in qualsivoglia prova dell' intenzione. D' altra parte si offre al-

(59) Per es. « *Si quis bona alicuius, vel rem unam per injuriam occupaverit, injuriarum actione tenetur* ». L. 15. §. 31. D. *de injur.*

(60) Conf. L. 1. §. 38. D. *depositi* — L. 3. §. 1. e 2. — L. 44. D. *de injur.*

(61) V. di sopra ai §§. 5. 6. 7.

l' attore una facilità, concedendogli di poter deferire il giuramento (62). E questa circostanza dimostra ad evidenza, che non ha luogo alcuna presunzione: nè io posso realmente concepire, come ciò rimanesse affatto inosservato. Non si disconverrà, che la delazione del giuramento fosse un mezzo effettivo di prova. A che dunque il giuramento, se l' attore, a cui pro combatte la presunzione, è dispensato da qualunque prova rispetto all'*animus injuriandi*? Non sarebbe un giuoco vergognoso permettere il giuramento, ove fosse intieramente superfluo? Opportunissima ci viene a questo luogo la cognizion dei Basilici, i quali nel decisivo frammento 5. §. 8. *de injur.* pronunziano in sequela della legge, che l' attore deve in ogni caso provare l' ingiuria (63).

L' obiezione, che qui sotto il vocabolo *injuria* si debbano intendere i soli fatti, non si può veramente ascoltare. Imperocchè niun fatto è di per sè un' ingiuria, quando manchi l' intenzione: e la stessa espressione *injuria* significa soltanto l' atto, con cui si viola scientemente il diritto, la medesima violazione intenzionale del diritto. Basta, che le leggi esprimano, che l'attore dee provare l' ingiuria. Siccome per la sua essenza di fatto 1) dee presentarsi un' azione di tal indole, secondo

(62) « *Hac lege permittitur actori jusjurandum deferre, ut reus juret, injuriam se non fecisse. Sed Sabinus in adsessorio etiam praetores exemplum legis secuturos ait, et ita se res habet* ». L. 5. §. 8. D. *de injur.* Conf. L. 18. Cod. *ex quib. caus. inf. irr.*

(63) V. lib. 60. tit. 21. Fabr. VII. p. 461. « *In actione injuriarum recte actor reo jusjurandum defert, ut juret se injuram non fecisse* » e p. 451. negli scolii lit. 6. « *Quae movetur civiliter, non in criminali, nam in ea manifestis opus est probationibus, nisi velit eadem pati, quae patitur is, qui non probat. Lex Cornelia agenti injuriarum permittit jusjurandum deferre reo neganti. Jurat autem, se injuriam non fecisse* ». Conf. tit *de causs. ex quib. infam.* Fabr. II. p. 640., è p. 651. lit. k.

le disposizioni legali, che possa riguardarsi come violatrice del dritto, e 2) si richiede l' *animus injuriandi;* così la prova deve assolutamente comprendere l' uno e l' altro estremo. Il perchè quelli pure, che sono di contraria opinione, non hanno menomamente negato, che la delazione del giuramento si diriga principalmente all' *animus injuriandi*, o in sè lo comprenda (64). Nè siamo autorizzati a fare eccezioni in certe specie d' ingiurie; perchè le leggi non lo permettono in alcun luogo. È certo bensì, che in alcune azioni, in conseguenza della loro qualità, la prova indiziaria, ammissibile qui pure, si può molto agevolmente dedurre, e dall' essenza del fatto con grandissima sicurezza concludere l' intenzione. Ciò si verifica particolarmente nelle parole oltraggiose, le quali, come le armi, contengono il più determinato indizio dell' intenzione. Neppure in tal caso vale per altro una presunzione, ma si esige una vera prova: e la cosa dipende sempre dall' insieme delle circostanze, nelle quali fu pronunziata la parola oltraggiosa. L' ingiuriato dee dimostrare, che la medesima, in quanto può contenere una vera ingiuria, fu diretta contro di lui sotto quelle relazioni, che fanno desumere la seria disposizione dell' ingiuriante. Di un oltraggio di questa specie parla ancora la L. 5. Cod. *de injur.*, e, ciò che è per noi più notevole, indica visibilmente la controprova, che dee dedursi dall' ingiuriante. Questo risulta dall' intiero contesto della legge. Gl' imperatori rispondono alla domanda loro indirizzata, che l' azione perde il suo valore, quando il compulsato può dimostrare, che non usò l' espressione *cum animo injuriandi*, o che la prescrizione è trascorsa. I Basilici rischiarano anche meglio

(64) V. Matthaei *de crim.* tit. 4. *de injur.* cap. 1. num. 10. in edit. Nani, e Weber *sopra l' ingiuria* 1. pag. 75.

la cosa, aggiugnendo, che egli può liberarsi provando ancora di non aver detto nulla (65): il che presuppone certamente la prova già dedotta dall' attore. L'espressione *probare*, come si è veduto di sopra, può indubitatamente riferirsi alla prova, come alla controprova. Tanto è chiaro, che la nostra constituzione può interpretarsi in questa maniera senza il menomo travolgimento. E non dovremmo noi preferire un' intelligenza, che scioglie e rimuove qualunque contradizione?

§. 15.

Fra tutti i passi, che si adducono in prova della presunzione del malvagio proposito, il più importante è la L. 1. Cod. *ad L. Corn. de sic.* (66). Questa constituzione è composta di due rescritti, che originalmente si trovavano nel codice gregoriano, e che ci sono stati specialmente conservati dalla *Coll. legum rom. et mos.* (67). La difficoltà è ancora più grande, se con-

(65) V. cap. 50. *de iniur.* Fabr. VII. p. 477.

(66) « *Fratrer vester rectius fecerit, si se praesidi provinciae obtulerit. Qui si probaverit, non occidendi animo a se percussum esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam proferet: crimen enim contrahitur si et voluntas nocendi intercedat. Ceterum ea, quae ex improviso casu potius, quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur* ».

(67) Schult. p. 752. VIII. « *Imperator Antoninus Aulo Aurelio Herculano et aliis militibus. Frater vester rectius fecerit, si se praesidi provinciae obtulerit: cui si probaverit, non occidendi animo Justam a se percussam esse, remissa homicidii poena, secundum disciplinam militarem sententiam proferet* ». IX. « *Imperator Alexander Aurelio Favio et aliis militibus. Si modo pro quo libellum dedistis, non dolo praestitit, mortem minime perhorrescat: crimen quippe ita contrahitur, si et voluntas occidendi intercedat. Ceterum ea, quae ex improviso casu potius, quam fraude accidunt, fato plerumque, non noxae imputantur* ».

frontiamo i Basilici: i quali sembrano esprimere come massima generale, che l'incolpato debba in tutti i casi provare l'*animus non occidendi* (68). Ciò non ostante è possibile anche qui una dichiarazione, che allontana ogni spiegazione di presunzione.

In primo luogo non può sfuggire all'attento osserservatore, che il passo, come si trova nel codice giustinianeo, sia corrotto, e che abbisogni di emenda. In fatti il *proferre sententiam* non si riferisce, nè si può riferire, che al giudice. Nella stessa guisa il *qui* sta in connessione col *praeses*, ed il *probare* si dice di lui. Così risulterebbe certamente il senso assai naturale, che il preside dovesse indagare ed investigare, se l'agente operò *animo non occidendi*. Ma quell'*a se*, che si può riferire solamente al fratello, impedisce una tale intelligenza: ed il mutarlo in *ab eo*, o il toglierlo affatto, sarebbe cosa difficilmente approvata. Piuttosto la *Coll. leg. mos. et rom.* c'invita pressantemente a legger *cui* in vece di *qui*. Questa piccola e natural correzione somministra alla legge la più chiara sintassi (69). Non soggiace dunque ad alcun dubbio, che l'agente, secondo le parole della constituzione, debba fornir la prova dell'*animus non occidendi*, se vuol sottrarsi alla pena, e si domanda solamente, qual sia il senso di queste parole.

(68) Cap. 18. tit. *Lex Corn. de sic.* Fabr. VIII. *pag.* 688. « *Qui quem occidit non animo occidendi, non damnatur, ut homicida, nisi miles sit, moderate tamen castigotur. Exigit autem constitutio, ut qui occidit, probet, se non animo occidendi percussisse* ». E negli scolii p. 697. lit. p. si dice inoltre: « *Nota, eum, qui probat alium occidisse, non cogi etiam probare, occidendi animo occidisse, sed onus probandi homicidae incumbit, se non eo animo fecisse, atque ita negationis probatio exigitur* ».

(69) Già Masur. Labeo p. 45. c. 7. lo notò, e disse a ragione: « *Verbum probare neutri constructioni repugnot: ejus enim significatio in utramlibet accipitur partem apud bonos auctores* ».

Per trovarlo, è necessario considerar la legge nelle sue parti originali, e poscia esaminare quanto rimanesse alterata dalla composizione.

La prima metà di essa conteneva un rescritto alla rimostranza, che Ercolano ed altri soldati aveano rimesso all' imperatore, a motivo di un loro compagno, che aveva ucciso una certa Giusta. Il caso speciale di questo omicidio non ci è noto, nè per la legge medesima, nè per altro documento, e la incertezza dei motivi del giudizio imperiale è visibile. Pur noi possiamo con molta verisimiglianza opinare, che l' incolpato si trovasse in cattiva condizione, e che tutte le circostanze dei precedenti fossero tali, da farlo riputare un vero omicida. Come soldato, egli usò probabilmente d'un instrumento, da cui, come abbiamo veduto di sopra, si poteva desumere un indizio importante dell' intenzione di uccidere. Se guardiamo alla persona, che fu uccisa, dobbiamo credere, che il soldato fosse aggressore, e non si trovasse nel caso di una necessaria difesa. Una passione di vendetta, di gelosia, di amore schernito potè essere stato il primo motivo del fatto. A ciò si aggiugne, che l' ageute prese, come pare, la fuga, o si tenne celato, mentre i suoi commilitoni (*fratres*) ricorsero per lui all' imperatore. Di più quel soldato potea difficilmente addurre la scusa di un semplice caso, quasi per esempio l' omicidio fosse accaduto mentre egli si fosse esercitato nel luogo dell' armi, e l' arme avesse fallito il bersaglio, e colpito la donna uccisa. A ciò non si adatta in alcuna maniera il rescritto: ed un puro caso non si sarebbe tratto addosso castigo veruno. In sequela di ciò divien sommamente verisimile, che da un lato si presentasserotali indizj da fornire una prova sufficiente, che il soldato commettesse intenzionalmente il fatto; e che egli dall'altro lato cercasse di discolparsi, allegando di

non aver pigliato di mira il pieno successo, cioè la morte, ma solamente un' offesa. Con queste presupposizioni il rescritto acquista un senso intieramente plausibile, che sta in giusta coerenza con tutte le leggi già dichiarate: e noi, che non ammettiamo presunzione di doloso proposito, potremmo a chi c' interrogasse rispondere con tutta certezza, come rescrisse l' imperatore: « Se il soldato può dimostrare, che la sua intenzione non si diresse all' omicidio, ma semplicemente all' offesa; l' omicidio non esiste, e non ha luogo la pena di esso ».

Di una fattispecie ben diversa tratta a mio parere il secondo passo, cioè il §. IX. della *Collatio* (70), il quale forma la seconda parte della constituzione. Qui sembra, che si faccia parola di un vero caso, onde naturalmente si osserva, che decide sempre l' intenzione, e tutto dipende da essa.

Or mentre Triboniano riunì questi due passi, vi fece una grande e notevole mutazione. Il fondo in fatti è formato dal rescritto *Frater* ec., e dall' altro sono state prese le aggiunte. Ma ora vi si dice: *crimen enim contrahitur si et voluntas nocendi intercedat*, in vece di *voluntas occidendi*. Per via di questo impasto si rileva anche più visibilmente quello che notammo nel primo passo, che cioè nel fatto accaduto si potè ancora semplicemente presentare un *animus nocendi* in contrapposto all' *animus occidendi*: e questa aggiunta schiarisce eminentemente l' espressione relativa alla deduzion della prova. Allora la constituzione acquista il senso seguente. « All' essenza di fatto dell' omicidio appartiene l' intenzione di uccidere, cioè l' *animus occidendi*. Mancando questo, ed essendosi mirato solamente ad una offe-

(70) Le parole *non dolo praestitit* ottengono un senso, se loro si unisce *mortem*, e poi si pone una virgola. Schulting pag. 706. legge *percussit*, o *causam mortis praestitit*.

sa, esiste certamente un delitto, ma non di omicidio; e se l'agente può dimostrare di non avere avuto l'*animus occidendi*, ma solamente un *animus nocendi*, la pena dell'omicidio sparisce. Se finalmente l'omicidio accade affatto imprevedutamente (*ex improviso*), allora svanisce del tutto qualunque imputazione •. Questa interpretazione è pur confermata dai Basilici. Essi dicono, che anche l'espressione *animus occidendi* fu scelta a bella posta nella constituzione e ne' due rescritti precedenti, dove non si disse *dolus*, ma assolutamente *proposito d'uccidere* - ψυχῇ φονεύοντος -. Inoltre gli scolj (71) nella dichiarazione del passo di Marciano (72) distinguono rettamente, com'egli avea fatto, fra l'intenzione di uccidere e di ferire: e perciò debbono avere anche scelto accuratamente le loro parole, avendo riguardo a questa necessaria distinzione. Finalmente mentre i medesimi in altri luoghi (73) piantano, come i frammenti delle pandette, per regola capitale, che la negativa non si prova, e ne adducono chiaramente l'eccezioni, e richiedono da per tutto, come si è veduto di sopra, la prova del dolo; anche le parole *et ita probatio negationis exigitur*, possono essere intese nel senso, che si ricerchi la dimostrazione della semplice offesa, dell'*animus non occidendi* in contrapposto all'*animus occidendi*. La parola οὕτως mostra ciò chiaramente (74), come quella che non significa semplicemente *così*, ma *in questa guisa*, *in tali circostanze*, *in questo rispetto*.

Chi potrebbe negare, che questa dichiarazione corrisponda, tanto alla natura della cosa, quanto alle leggi, che sempre esigono evidentemente la prova del mal-

(71) Fabr. VII. p. 692. lit. h.
(72) L. 1. §. 5. D. *ad L. Corn. de sic.*
(73) Tit. *de prob.* Fabr. III. p. 23. e seg.
(74) V. Vigeri *de praec. graec. dictionis idiotismis.*

vagio proposito, e che noi otteniamo così una soluzione naturale di ogni contradizione, e la più bella coerenza dei passi diversi? — È certissimo, che ogni qual volta il fatto può avere varj effetti, si può essere in grado di provare la malvagia intenzione in genere, ma non già nella sua precisa direzione a quel successo, od a questo. Una retta distribuzion della prova, importante com' ella è nel processo accusatorio, è sempre necessaria all'effetto, che l' incolpato possa provare in simili casi i più ristretti confini della propria intenzione. Basta che l' accusatore dimostri che l' accusato operò con malvagio proposito, e produsse un' offesa. Tocca poi a questo ad imprendere la propria difesa, alla quale manifestamente appartiene il discolparsi del successo maggiore del fatto. E se egli si vuol giustificare con una eccezione sostanziale, con un fatto, con una vera affermazione, può addurne la prova. Ma la coerenza delle leggi è sorprendente. Mentre piantano per regola, che il dolo si deve in ogni caso provare, e mentre questo principio è così universale, che, volendo sottoporlo ad eccezione nell' azion criminale, si fa luogo, come si è mostrato di sopra, alla più grande assurdità; scelgono poi attentamente le parole, e non fanno uso, che dell' espressione *animus occidendi*. Il sostituirvi *dolus* sarebbe cosa arbitraria, e da non potersi veramente concedere: e dove si lasciasse correre una simile sostituzione, ogni tentativo di un' altra interpretazione sarebbe infruttuoso e arrischiato.

§. 16.

Solamente di passaggio io voglio toccar, conchiudendo, anche la L. 5. e la L. 6. Cod. *ad L. Corn. de sic.*, addotte da Reesema a difesa della *praesumtio doli*. La prima dice, che se non soggiace a dubbio l'as-

serzione di colui, che afferma di non avere ucciso intenzionalmente, ma casualmente; egli dee andar libero da ogni pena (75). E la seconda dispone, che un minore non si possa purgare con la sua giovinezza, ma solamente, come qualunque altro, con una vera incolpevolezza (76). In questi passi certamente si cercò di stabilire quando la *Lex Cornelia* venisse in applicazione, e non di piantare una regola intorno alla prova. Ma anche senza questo, essi possono sempre riferirsi molto bene alla controprova, ed io, avuto riguardo al già detto, credo di potermi dispensare da ogni più estesa dichiarazione.

(75) « *Eum, qui adseverat, homicidium se non voluntate, sed casu fortuito fecisse . . . . si hoc ita est, neque super hoc ambigi poterit. omni metu . . . . volumus liberari* ».

(76) « *Si quis te reum legis Corneliae de sicariis fecerit, innocentia purgari crimen, non adulta aetate defendi convenit* ».

IV

CENNI SOPRA L' ESSENZA E LA PUNIZIONE DEI DELITTI COLPOSI (DISSERTAZIONE DI *KLEINSCHROD*, ESTRATTA DAL TOMO VI. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

Chiunque conosce la letteratura del diritto criminale, sa bene, che non si hanno ancora nozionl chiare e precise intorno all'essenza ed alla punizione dei delitti colposi. Di che uno si può agevolmente convincere, tenendo dietro agli scritti di Klein, di Grolman, di Feuerbach e di Almedingen: l'ultimo de' quali nella sua memoria sopra i delitti colposi (1) ha esposto ed acutamente esaminato le opinioni de' suoi predecessori. Nel mio sviluppo sistematico delle idee e delle verità fondamentali del diritto penale (2) io ho manifestato le mie vedute, e non trovo alcun motivo per recederne. Almedingen per vero dire è d'accordo con me rispetto al carattere della colpa: ma osserva, che io nulla dico per risolvere il gran problema, con cui si ricerca, come un errore possa connettersi con una determinazione di volontà; come, senza una relazione sì fatta, si possa giustificare un motivo di pu-

(1) Biblioteca di diritto e di legislazione penale, Giessen 1804, parte 1. num. 4.

(2) Parte I. §. 26. e seg.

nire; come possa superarsi un errore mediante una leggiera minaccia penale (3). Ma da un lato io ho indicato nella sopraccitata mia opera §. 26. il fondamento della punibilità delle azioni colpose, e dall' altro l' esposto problema può molto bene risolversi. Un errore in fatti si connette senza contrasto con una determinazione della volontà, in quanto che nella colpa è palesemente riposto il difetto della volontà di usare, operando, di quella diligenza, a cui ciascuno è obbligato, e così il difetto della volontà di deporre l' errore, che si sarebbe potuto e dovuto agevolmente scoprire. Ogni uomo di mente sana può e dee sapere, che è tenuto ad un certo grado di diligenza, a fine di non offendere i diritti degli altri. Ogni uomo probo rifletterà più o meno nelle sue azioni di qualche importanza, se sieno conformi alla giustizia, e se possa derivarne alcuna violazione del dritto. Ogni uomo conosce ancora, che la sua azione soggiacerà ad una pena, se trasgredisce colposamente le leggi. Quando dunque uno si rende debitore di colpa, non ha la volontà di applicare la necessaria diligenza alle sue azioni: non vuole in vero trasgredire la legge, ma non si dà il pensiero, che dovrebbe, per non trasgredirla. Egli dunque è punibile, perchè trascurò contro l' ordin giuridico questa diligenza, non si tolse all' errore, e così produsse una violazione del dritto: egli è punibile in somma, perchè non si servì della forza della sua volontà, per superare un errore, che si potea facilmente evitare. Se il delinquente doloso commette col vigore della sua volontà il fatto illegale, si può affermare, che il delinquente colposo lo commetta con la debolezza della sua volontà, non usando la debita diligenza.

(3) l. c. pag. 23. 24.

Se si prende ad investigare esattamente l' essenza delle azioni colpose, si scoprirà il più delle volte nel loro autore un sentimento incerto di operare ingiustamente. Quando taluno per esempio entra con la pipa accesa in una capanna ripiena di fieno o di paglia, gli cadrà per lo più nella mente il pensiero di poter suscitare un incendio, ma si acquieterà con la speranza di non risvegliarlo.

Dove il sopraddetto sentimento di operare ingiustamente fosse vivo e distinto, l' azione si convertirebbe certamente in dolosa. Ma nella colpa è oscuro e remoto, e la punibilità di essa consiste appunto nel trascurarlo per leggerezza, nel rimaner nell' errore, in cui uno si trova, e dal quale sarebbe stato agevole il sottrarsi, avendo riguardo a quell' incerto sentimento.

Io non posso convenire con Almedingen, quando egli distingue le azioni dolose dalle colpose, in quanto che le prime sieno vizj di volontà, e le seconde vizj d' intelletto per mancanza di riflessione (4). Io sostengo, che queste pure consistono in vizj di volontà nel senso, che il loro autore non usò la potenza della sua volontà, per liberarsi dall' errore, in cui era, e per procedere nelle sue azioni con la debita diligenza. L' azione di per sè, che forma il delitto colposo, nacque per vero dire senza sua volontà: ma gli viene imputata, perchè fu una conseguenza della sua leggerezza e trascuranza; perchè avrebbe potuto facilmente evitarla, se avesse fatto uso di quella diligenza, di cui le leggi gl' impongono l' obbligo. E qui mi si paran d' innanzi altri principj del sig. Almedingen, che io non posso approvare. Non si dà errore, egli dice, di cui uno possa avvedersi, ognorachè voglia: ogni atto della facultà conoscitiva è affat-

(4) l. c. pag. 239.

to privo d'elezione, e perciò non esiste un errore elettivo (5). Se per errore elettivo s'intende quello, al quale uno si abbandoni volontariamente, sebbene se ne accorga, esso non è certamente escogitabile; perocchè uno non è più in errore, tostochè se ne avvede. Ma se io mi trovo in errore e non me ne libero, mentre posso liberarmene; esso è certamente elettivo, perchè dipende dalla mia volontà l'usare, o no, della debita diligenza. Se dunque ometto questa diligenza, io mi abbandono elettivamente a quell'errore. Io non so nemmeno, se ogni atto della facultà di conoscere manchi totalmente di elezione. Certamente dipende dal mio arbitrio il dirigere, o no, ad un dato obietto la mia virtù conoscitiva.

L'idea, che il delitto doloso sia vizio della volontà, ed il delitto colposo sia vizio dell'intelletto, ha fatto dubitare, se le azioni colpose sieno punibili in genere. Ammettendo con Feuerbach, che sia punibile soltanto la volontà positivamente malvagia, e che i delitti colposi sieno vizj d'intelletto, farebbe d'uopo esimerli da ogni penalità, come è stato partitamente mostrato da Almedingen (6). Ma io non mi posso accordare a porre in due classi, fra sè contrapposte, l'intelletto e la volontà. Si può senza contrasto affermare, che ancora i delitti dolosi sieno vizj d'intelletto, in quanto che l'intelletto non presentò all'agente alcun motivo, che bastasse a vincere la passione, o lo stimolo in genere del delitto, ed a sopprimere il desiderio del fatto: come si può ammetter del pari, che le azioni colpose sieno vizj di volontà, la quale mancò di efficacia nel senso spiegato di sopra. Quando si ammetta questo, si vede, che nelle azioni colpose concorrono le condizioni,

(5) l. c. pag. 54.
(6) l. c. pag. 86. e seg.

che si presuppongono in genere per la penalità dei delitti.

1) In fatti la prima condizione si è, che il fatto sia fondato nella volontà dell' agente, al quale fosse psicologicamente possibile di ometterlo. Nei delitti colposi il fatto da investigarsi è duplice: vale a dire l' atto, che fu intrapreso per leggerezza o trascuranza, e la conseguenza di esso, cioè la violazione derivatane del diritto: esempigrazia l' ingresso con un lume aperto in una capanna piena, e l' incendio proceduto ne. Il primo fatto ha radice senza controversia nella volontà dell' agente, ed il secondo è la necessaria o consueta conseguenza di quello. Se non fosse tale, non si potrebbe imputare all' effetto di punirlo. Anche questo fatto ha radice nella volontà del suo autore, in quanto che fa d' uopo ammettere, che chiunque intraprende un' azione acconsenta alle conseguenze necessarie e consuete di essa. Ed il delitto colposo si fonda nella volontà dell' autore, specialmente perchè egli omise, per debolezza di volontà, la diligenza opportuna a prevenirlo.

2) La seconda condizione si è, che l' agente abbia coscienza della legge penale, e sia convinto, che questa proibisca l' azione, che egli vuol commettere. L' agente colposo ha senza dubbio la coscienza della legge penale in generale; perocchè ogni uomo può e dee sapere di essere obbligato nelle sue azioni ad un certo grado di diligenza, a fine di prevenire le violazioni del dritto, e che sarà punito, se, trascurando la detta diligenza, le produrrà. L' agente colposo non ha per altro la coscienza della punibilità del fatto, che adesso intraprende, ma la potrebbe avere, se facesse uso della debita diligenza. La differenza fra il delinquente doloso e il colposo consiste appunto in questo; che il primo ha la coscienza della penalità, ed il secondo poteva e

doveva averla. Ma dal non avere l'agente colposo questa coscienza, non seguita, ch'ei non possa riportare la propria azione sotto la legge penale, e che la legge penale non possa distornarlo psicologimente dalla sua azione. Se si presuppone, come bisogna fare, che ogni uomo sappia di dovere applicare alle sue azioni tanta diligenza, da non danneggiare gli altri, e di esser punibile, se viola le leggi per trascuranza, od inavvertenza; bisogna confessare, essergli possibile di riflettere in ogni azione, se egli si comporti diligentemente quanto conviene, se possa danneggiare veruno, o trasgredire alcuna legge. Quando pertanto si scorge, che egli manca della necessaria diligenza, e che può con le sue azioni violare una legge; si vede, essere ancora possibile, che la legge sia psicologicamente efficace sopra di lui, e che abbia virtù di trattenerlo dall' operare.

È generalmente ammesso, e da tutte le legislazioni professato, che le violazioni colpose delle leggi penali sieno generalmente punibili. Il danno materiale, che producono i delitti colposi, è ordinariamente pari a quello, che nasce dai dolosi. E se l'ordine pubblico dee perdurare, ed esser possibile fra gli uomini la vita compagnevole; è assolutamente necessario, che ognuno osservi nelle sue azioni una convenevole diligenza, affinchè gli altri non rimangano danneggiati. Imperocchè è evidente senza bisogno di prova, che le violazioni del dritto sarebbero quotidiane e sempiterne, se ciascuno si abbandonasse alla leggerezza ed alla negligenza.

I legislatori ed i giureconsulti concordano nello stabilire, che il delitto colposo sia meno punibile del doloso. Se la penalità si volesse desumere dal danno materiale, la pena di amendue le classi di delitti dovrebbe esser la stessa, perchè quel danno è il più delle volte eguale. Ma il danno materiale non può somministra-

re il fondamento, nè la misura della pena (7). Questa misura dee piuttosto cercarsi nel più o men di pericolo, a cui l' autore d' un' azione espone l'ordine pubblico. Ora è di per sè manifesto, che il delinquente doloso espone l'ordine pubblico giuridico ad un pericolo maggiore di quel che faccia il delinquente colposo. Il primo conosce la legge penale, e non ostante ne dispregia la minaccia, e si determina a trasgredirne i precetti: il secondo all' incontro, non ha il proposito di violare la legge, e, come fu detto di sopra, è punibile per la ragione di non aver applicato la potenza della sua volontà a dissipare l' errore, che in lui si ritrova. In questo dunque non concorre il dispregio diretto dell' ordine legale, come nel primo: da lui non è da temere, come dal delinquente doloso, che perturberà l' ordine pubblico giuridico, ognorachè abbia da sperarne una sodisfazione sensuale. Al delinquente doloso dee contrapporsi un male penale più grave, perchè si trova in opposizione diretta con la legge penale, e perchè apprezza più la sodisfazione dei proprj sensi, che l' ordine pubblico. In esso dunque il grado della sensualità è così grande, che non si può combattere senza la minaccia d' un male significante. All' opposto il delinquente colposo fallisce piuttosto per debolezza di volontà; onde può bastar la minaccia di un male più leggiero a rendere attenti gli uomini ad usare la debita diligenza, e a prevenire la colpa. Che una pena leggiera possa ridurlo migliore per l' avvenire, è più sperabile del delinquente colposo, che del doloso: il quale con l' esecuzione del suo malvagio proposito ha dimostrato un dispregio diretto della legge penale. Ma io non credo, che sia opportuno il pu-

(7) Più di ciò nel mio sviluppo sistematico parte I. §. 45., parte II. §. 14. e seg.

nire le azioni colpose molto più dolcemente delle dolose della medesima classe. Primieramente è pari il più delle volte nelle une e nelle altre il danno materiale: il quale, sebbene non possa dare, come si è detto, la misura della pena, merita per altro qualche riguardo, se la quantità della pena dee dipendere da qualche cosa di stabile. Esso non può certamente far sì, che venga parificata la pena di amendue le classi di delitti, ma bensì esercitare tanta influenza da avvicinare la pena della colpa a quella del dolo. In secondo luogo se non si può del delinquente colposo asserire, che disprezzi a dirittura le leggi, lice per altro affermare, che manchi di rispetto verso di esse. Presupposto che ogni uomo sappia, e può molto facilmente saperlo, che le leggi esigon da lui la debita diligenza nel suo operare; fa d'uopo riconoscere, che il delinquente colposo non paragonò le sue azioni con la legge, come avrebbe potuto e dovuto fare: con che appunto dimostra di non aver avuto per la legge il conveniente rispetto. Ma il disprezzo e la non curanza della legge penale non sono cose tanto diverse fra loro, che la pena della colpa debba per questo motivo esser molto più mite di quella del dolo. In terzo luogo si presentano sovente dei casi, in cui la colpa confina col dolo. Se si esamina da un lato il sommo grado di negligenza, e dall'altro un proposito formato nell'impeto della passione; si dovrà confessare, che, considerando la cosa secondo i giusti principj dell'imputazione, il dolo e la colpa si trovano accanto. In quarto luogo finalmente i delitti colposi consistono il più delle volte in violazioni dei più preziosi diritti dell'umanità. Nei furti e nelle fraudi la colpa non si considera, perchè sì fatte azioni non si possono commettere senza proposito. I delitti colposi sono quasichè sempre omicidj, lesioni corporali, ed incendj: e la protezion

della vita, e della integrità del corpo merita un riguardo principalissimo, e dee prestarsi dallo Stato prima di tutto. Da queste ragioni il legislatore può trovarsi persuaso a minacciare di pene significanti gli omicidj, i danneggiamenti corporei, e gl' incendj colposi.

Ma, ad effetto di prevenir maggiormente la colpa, si richiede che la sua pena sia precedentemente determinata dal legislatore, modificata secondo i varj gradi della trascuranza, e pubblicamente notificata. Imperocchè questa minaccia da una parte produce sovente l'effetto di render gli uomini attenti a far uso della debita diligenza nelle loro azioni; e dall' altra il difetto di notificazione avvalorerebbe l'eccezione d' ignoranza della punibilità della colpa, o farebbe credere, che il suddito possa esser giudicato a tenore di leggi, che non ebbe il modo di conoscere. Anche Almedingen (8) concorda, che la pena dei delitti colposi debba farsi precedentemente conoscere: ma poscia si discosta da questo principio (9), e dice, che la pena della colpa, essendo un male meramente preventivo, può venir giustificata, anche senza speciale comminazione, dalla grandezza della illegalità negligentemente prodotta. Io non so conoscere come si possa difendere questa asserzione. La massima *nulla poena sine lege* è troppo fondata sulla natura delle cose, perchè sia permesso negarla. E quando si volesse punire un delinquente colposo, senza aver prima notificato la pena, gli si potrebbe malagevolmente rispondere, ov'egli dicesse: « io non sapeva, che la colpa fosse punibile, nè sono imputabile di non averlo saputo, perchè non v'è legge notificata, alla quale io potessi paragonare la mia azione, e perciò debbo andare esente

(8) l. c. pag. 160. 161.
(9) l. c. pag. 243.

de ogni pena». La esposta idea di Almedingen si appoggia alla sua opinione, che il delinquente colposo debba, mediante la pena della colpa, essere ammonito a schivare altre azioni colpose per l'avvenire, ed imparare a conoscere solamente dopo il fatto, che l'omettere una riflessione capace d'impedire la illegalità, produce conseguenze a lui pregiudicevoli; che i traviamenti dell'Intelletto, quando perturbano lo scopo dello Stato, formano obietto d'esperienza; che il male della pena debb'essere semplicemente sperimentale (10). Ma a questi principj ripugnano tutte le note ragioni, che vengono contrapposte alla teorica della prevenzione, delle quali non è questo il luogo di parlare. Ed inoltre ne sarebbe conseguenza, che il primo delitto colposo non si potesse affatto punire. La pena non sarebbe decretata a motivo del fatto colposo, ma perchè l'agente fosse ammonito per l'avvenire ad astenersi da simili azioni. Se non che questa ammonizione non può farsi esattamente con la pena; perocchè non sapendosi, se l'autore d'un fatto colposo commetterà in seguito simili azioni, nè quante, non si possiede alcuna misura per la quantità del castigo. E d'altra parte l'ammonizione, senza ricorrere immediatamente alla pena, potrebbe consistere nell'insegnamento del dovere di astenersi dalle azioni colpose. Questo insegnamento ammonirebbe per l'avvenire, come la pena. Ma quando si può arrivare al medesimo scopo con mezzi più miti, le pene sono superflue, e per conseguenza ingiuste. Ed un tale insegnamento sarebbe tanto più l'unico mezzo nella nostra ipotesi, perchè non si potrebbe punire il delinquente colposo, quando la legislazione non avesse precedentemente notificato alcuna pena contro la colpa, come già fu accennato di sopra.

(10) l. c. pag. 103. 109. 110.

Mentre io son di parere, che la colpa non si debba colpire con una pena molto più mite di quella del dolo, non posso convenire, che la colpa medesima sia posta in una classe di azioni illegali, che affatto differisca di nome e di qualità dai delitti propriamente detti, e che venga minacciata di castighi, che sieno per indole e gravità troppo diversi da quelli dei delitti dolosi della medesima specie. Anche meno io posso perciò andar d' accordo col codice austriaco, il quale ripone la colpa fra le gravi trasgressioni di polizia. Questo codice (parte I. §. 1.) divide tutte le azioni punibili in delitti ed in gravi trasgressioni di polizia, richiedendo nei primi l' elemento del malvagio proposito. Onde seguita, che le violazioni colpose delle leggi penali appartengano alla seconda classe, come si trova espresso nel §. 5. della parte II. Io sono in vece convinto, che le violazioni colpose delle leggi penali non spettino affatto alla sfera della polizia: e le mie ragioni sono le seguenti.

I. I delitti colposi sono lesioni del diritto, le quali, sebbene possano offendere tanto i diritti dello Stato, quanto quelli dei privati, si presentano per altro il più delle volte nel secondo aspetto. Ma le lesioni del dritto sono manifestamente un oggetto, che appartiene alla sfera degli affari della giustizia (11); imperocchè lo scopo della giustizia consiste nel giudicare le violazioni del dritto, che si presentano, e nel determinare le giuridiche conseguenze di esse. Or se ha luogo una violazione del dritto, nelle cause civili stanno di fronte due parti; nelle penali, lo Stato e l' incolpato: e fra loro si controverte, se il diritto è stato offeso, e, postochè si, quali ne sieno le conseguenze giuridiche. Dee dunque intervenire la giustizia, ed appianare con la sua deci-

(11) V. Gönner Elementi del processo civile parte II. pag. 37.

sione la controversia; chè alla sola giustizia compete l'esercizio della giurisdizion contenziosa. Lo scopo della polizia, secondo la sua vera idea, non può esser altro che quello di prevenire le violazioni del dritto (12): essa può interdire quelle azioni, onde le violazioni del dritto possono derivare, e la sua intervenzione ha luogo, tostochè si affaccia il pericolo delle medesime. Ma una volta che la violazione del dritto esiste, vuolsene rilasciare il giudizio alla giustizia, ognorachè non piaccia di confondere tutti i confini, che la distinguono dalla polizia.

II. Contro i delitti colposi fa di mestieri, che intervenga il potere penale, e, secondo i principj già posti, dee sovente decretarsi una pena importante. Ma, a meno che non si voglia far cessare ogni differenza fra giustizia e polizia, a questa non si può concedere un diritto di punire propriamente detto. La polizia può certamente ammonire; limitare gli uomini nell'esercizio dei loro diritti, quando ne abusino; usar mezzi di miglioramento, dove lo esiga la prevenzione di future violazioni del dritto: ma una vera potestà di punire spetta alla sola giustizia (13), destinata com'è a riconoscere le violazioni del dritto, e a decretare vere e proprie pene. Poichè in fatti queste pene o tolgono affatto i diritti degli uomini, o li ristringono grandemente; l'importanza della cosa richiede, che l'applicazione di esse venga confidata ai tribunali di giustizia, che in grazia della loro composizione organica sono incomparabilmente più idonei di quelli di polizia per affari di questa

(12) Berg Diritto di polizia, parte I. pag. 12.

(13) P. J. Haus *de potestatis politiae et criminalis nexu et differentia praecipue in causis criminalibus, plena criminis probatione deficiente, vel poena legali ad securitatem reipublicae haud sufficiente*, c. I. §. 9. 10.

specie. È raro, che i secondi sieno formati per modo, che abbiano una consulta collegiale: la quale al contrario si trova d' ordinario ne' primi, e composta di uomini periti ed esercitati nel dritto, qual si richiede in cosa di tanto momento.

III. Volendo rinviare i delitti colposi ai tribunali di polizia, nascerebbero frequenti controversie fra i magistrati ordinarj e gli economici, intorno alla competenza dei casi, che si presentassero. Ogni pratico sa bene, quanto spesso si dubiti, se un delitto sia stato informato da dolo o da colpa, e come questo dubbio si presenti appunto nelle cause più gravi, e principalmente in quelle d' omicidio. Se insorgerà pertanto un dubbio sì fatto, a quale specie di magistrati spetterà la cognizion della causa? La quistione sarebbe tosto decisa, ammettendo la massima della presunzione del dolo: ma questo principio si esprime più presto in teorica di quel che si possa applicare in pratica. Prescindendo ancora dalle ragioni, che lo combattono, bisogna pur sempre ritenere, che il dolo si presume, fintantochè particolari circostanze non facciano eccezione alla regola. Dunque, ammettendo ancora la detta presunzione, occorrerebbe non ostante ricercare in ogni caso, se esistano circostanze particolari, che escludano il dolo. E chi si farebbe ad instituire questa indagine? La giustizia, o la polizia? Ad occuparsene in primo luogo toccherebbe alla giustizia, a motivo della presunzione del dolo. E dopo che la giustizia avesse riconosciuto l' esistenza di ragioni, che indebolissero la detta presunzione, dovrebbe interrompere l' ufficio intrapreso, e rimetter la causa alla polizia per la trattazione ulteriore. Come da questo sistema nascerebbe una confusione senza fine, ed un pernicioso dispendio di tempo e di danaro, è più evidente, che abbisogni dell'opera della prova. Ma la difficoltà sa-

rebbe ancora più grande, quando i tribunali di giustizia, fatta la loro inquisizione, rimanessero in dubbio sul dolo; chè allora non si potrebbe determinare, se la decisione spettasse ai magistrati ordinarj, od agli economici.

IV. Si danno dei casi, nei quali il dolo e la colpa si combinano insieme. Ciò accade nel dolo chiamato indiretto, o, come dice Feuerbach, nella colpa determinata dal dolo. Quivi abbiamo un'azione di proposito, la quale produce una violazione del dritto il più delle volte senza intenzione del suo autore. Uno per esempio bistratta un altro nel corpo, e da ciò, senza intenzion dell'agente, risulta l'uccisione del bistrattato, la quale, almeno in molti casi, dovrà considerarsi come colposa. Volendo rinviare i delitti colposi alla polizia, questa verrebbe qui a combinarsi con la giustizia ordinaria: la quale dovrebbe conoscere della lesione corporale di proposito, e rimettere al tribunale economico il giudizio dell'omicidio colposo. Di qui una collisione inevitabile, e l'inconvenienza, che il reato più leggiero dovesse investigarsi e decidersi dalla giustizia, il più grave della polizia.

Al concorso del dolo e della colpa appartengono ancora altri casi d'indole somigliante a quello riferito. Werner (14) vi riporta il *dolus culpa determinatus*; che ha luogo esempigrazia quando uno si lascia precipitosamente o repentinamente indurre al proposito di un delitto. Ma qui l'elemento predominante è il dolo, che s'imputa meno a motivo di un difetto di coscienza. Dee per altro riferirsi a questo capo l'altro caso, esposto dal medesimo Werner (15), cioè il tentativo doloso, e

(14) Compendio o comentario di diritto penale §. 274.
(15) l. c. §. 284.

la consumazione colposa di un delitto. Un incendiario esempigrazia appicca il fuoco a materie combustibili, e tosto per pentimento lo spegne; ma per difetto di cautela eseguisce la seconda operazione tanto imperfettamente, che non ostante scoppia un incendio. In questo caso il conato di proposito apparterrebbe alla competenza della giustizia ordinaria, la consumazione colposa alla polizia.

V. Fu già notato di sopra, che per via della colpa possono nascere offese, che manomettano i più importanti diritti dell' umanità. Di che si può uno agevolmente convincere, ponendo mente alla serie degli omicidj, dei danneggiamenti corporei, e degl' incendj colposi. Perciò l' importanza della cosa richiede certamente, che fatti tanto significanti si affidino alla trattazione della giustizia ordinaria, dalla quale è dato aspettarsi una più esatta cognizione delle leggi penali, ed una maggior pratica del diritto, che dai magistrati di polizia. I quali inoltre sono il più delle volte così caricati di tanta e sì varia mole di affari, che spesso non hanno agio d' instituire le necessarie indagini sopra i delitti colposi, i quali sovente reclamano un gran sacrifizio di tempo.

VI. Finalmente non è opportuno, anche sotto un altro rispetto, di racchiudere i delitti colposi entro la sfera della polizia. Imperocchè altrimenti sorgerebbe nella maggiore e meno instruita parte del pubblico l' opinione, che fosse cosa di poco momento la violazione colposa delle leggi penali. Alla polizia in fatti, secondo le idee ricevute finora, si sono rilasciati solamente gli affari leggieri, ed i mediocri ed i gravi sono stati affidati al contrario alla trattazione della giustizia ordinaria. Volendo dunque commettere ai magistrati di polizia i delitti colposi, prenderebbe certamente vigore la falsa opinione, che questi appartenessero alle più leggiere cau-

se penali, fra le quali, secondo le massime esposte di sopra, non si dovrebbero annoverare. La maggior parte degli uomini tiene in poco conto il comparire davanti alla polizia, perchè una gran moltitudine di persone ha frequentemente da trattare affari con la medesima. Ma ognuno reputa cosa molto più seria l'esser constituito innanzi ad un tribunal criminale ordinario, per soggiacere ad una inquisizione d'un fatto illegale; perchè sogliono derivarne più gravi conseguenze, che da un processo economico. Se dunque l'ordine pubblico giuridico espressamente richiede, che gli uomini facciano uso della debita diligenza nelle loro azioni; è indispensabile eleggere tali forme, ond'essi vengano con la maggiore efficacia possibile avvertiti a praticare la desiderata accuratezza. Ed a ciò conduce anzi tutto il trattare, come delitti, le azioni colpose contro la legge penale, il sottoporle ad inquisizione ordinaria, ed il colpirle nei casi più gravi con pene di qualche importanza.

V.

IN QUALI CASI IL REO SI POSSA DISCOLPARE, MEDIANTE L'IGNORANZA DEL DRITTO. (DISSERTAZIONE DI *ROSSHIRT*, ESTRATTA DAL TOMO IX. FASC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

Tre quistioni si debbono prima di tutto ventilare nel tema presente:

1) Se ogni individuo del popolo possa con precisione conoscere tutte le azioni, proibite sotto sanzione penale:

2) Se, a poter esser colpito da una pena, basti in generale il sapere, che l'azione è contraria al diritto:

3) Postochè sia d'uopo sapere qualche cosa di speciale intorno alla penalità, fino a qual punto debba arrivare una tal cognizione.

§. 1.

Ad I. La prima quistione non era finqui ordinariamente ammessa nei criminali giudizj, perchè a tenore della L. 9. pr. D. *de juris et facti ignorantia*, e della L. 12. Cod. *eod.* si credeva inutile risolverla. *Juris ignorantia semper nocet. Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus*. Ma per altro si è sentito in ogni tempo, che con queste parole si tagliava il

nodo, e non si scioglieva: onde fra i moderni si sono principalmente elevate tre opinioni.

1) Kleinschrod (1) crede, che, quando l'ignoranza, che si allega, non sia affettata, il fatto avvenuto si debba sempre giudicare come *colposo*, non come *doloso*. Con che si vengono a presupporre due cose.

a) La prima, che possa facilmente accadere di non conoscere l'una o l'altra azione nella loro qualità di punibili.

b) La seconda, che quei testi di legge non possano mai significare, che la effettiva ignoranza di un'azione punibile rimanga senza giuridiche conseguenze nel giudizio. Ma così si viene a togliere ai detti passi appunto quella virtù, onde si vollero rivestiti dai loro autori.

2) Waechter (2) pare che contrapponga le azioni punibili dalla polizia a tutte le altre, pigliando i diritti determinati dalle leggi di polizia come *jura singularia*, in cui tutto dipende dal modo di pubblicazione. Ma che si possa e si debba sapere ciò che è punibile, come vero e proprio delitto, lo ammette anch' egli, sul fondamento dei passi citati del diritto romano, avventurando bensì alcune eccezioni, il cui principio non ci sembra investigato abbastanza. Imperocchè esse sono due generali eccezioni di tal maniera, che distruggono ogni conseguenza della sua opinione. È proprio in fatti della natura dei delitti, che a conoscerli non sia necessario l'ajuto d'un giurisperito, mentre può esser l'opposto nelle sottili ragioni del diritto civile: e la proposizione, con la quale il giureconsulto dice in generale *quod raro accipiendum est* (3), conferma certamente la nostra vedu-

(1) Verità fondamentali del diritto penale parte I. §. 155.

(2) Elementi parte I. §. 41. Nota 93.

(3) L. 9. §. 3. D. *de juris et facti ignorantia*.

ta rispetto ai delitti. Salta anche maggiormente agli occhi l' altra eccezione, per cui dalla *L.* 3. §. 22. D. *de SC. Silaniano* si dovrebbe dedurre la massima, che l' ignoranza può discolpare, quando una legge di polizia espressamente richieda che la trasgressione sia stata commessa scientemente. Ancorchè noi non vogliamo negare, che una legge speciale possa fare delle riserve per un caso speciale; non è necessario per altro, che essa sia per l' appunto una legge di polizia; perocchè si può ammettere, che una simil riserva esista sempre a favore del delinquente, ognorachè la legge esiga in un dato delitto il *dolus* in genere, od una specie determinata di *dolus*; avvegnachè in questo caso non è l' ignoranza, che discolpa, ma la mancanza del *dolus*, o di quel *dolus* determinato, che costituisce un carattere essenziale del corpo del delitto. — Da tutto questo pertanto sembra risultare, che il principio, che si possa e si debba sapere ciò che è punibile, come vero e proprio delitto, soffra una sola eccezione: nel caso cioè che le leggi abbiano fatto una speciale condonazione in favore di tutti, o di alcuni.

3) Feuerbach nell' ultima edizione del suo compendio, nella quale si è nelle note ravvicinato tanto al metodo del diritto positivo, dice nella nota a. al §. 86., che la regola « *constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus* » vale senza eccezione in quei delitti, che sono *juris gentium*, i quali, essendo di per sè stessi azioni contrarie al diritto e moralmente turpi, debbono riguardarsi come illeciti *naturali ratione*; cosicchè rispetto a questi la *ignorantia juris* non giova neppure a quelle persone, alle quali vien perdonata in altri casi. Ma in quelle azioni, che sono delitti solamente in virtù di leggi particolari di un dato popolo (*jure civili*), alle quali appartengono tutte le tragressioni di

semplice polizia, l'ignoranza del dritto riesce utile a certe persone.

Questa veduta di **Feuerbach**, per quanto stia in contradizione coi risultati de' suoi sviluppi filosofici, è così importante, e così ricca di conseguenze pei seguaci e per gli avversarj di qualunque sistema, chè può esser forse chiamata la più rilevante fra le nuove dichiarazioni, che si contengono in tutto il suo libro. **Feuerbach** intanto viene così a concedere;

a) Che secondo il diritto **comune** non tutto può dipendere dalla comminazione penale, perchè nella maggior parte dei casi non occorre, che il delinquente la conosca;

b) Che il fondamento generale dei delitti è un'avversione al diritto, od una particolar turpitudine morale; perchè dee generalmente ammettersi come giusto, che ogni persona, dotata d'intelletto, e di ordinaria esperienza, senta il divieto della legge, anche senza conoscere l'alfabeto;

c) Che finalmente la verisimile ignoranza della legge può discolpare quegl'individui, che non hanno relazioni con la vita pubblica, solamente quando un delitto è basato su qualche altro fondamento, qual sarebbe uno speciale provvedimento politico, o una veduta particolare del legislatore.

Se **Feuerbach** ci consente questa interpretazione delle sue parole, noi non esiteremo a considerare la sua idea come il fondamento della decisione della nostra prima ricerca.

Per ora qui basti rispondere (come corollario dei principj accennati sotto le lettere a. b. c.) al nostro primo punto, che per regola ogni individuo del popolo può conoscere con precisione le azioni, che sono proibite sotto sanzione penale.

§. 2.

Ad II. La distinzione fra l'immorale e l'ingiusto, fra la moralità e la legalità delle azioni, ha fatto in vero più ricca d'idee la giurisprudenza germanica: ma non di rado ha generato false vedute. È vero senza dubbio, che il mondo assolutamente interiore dell'intenzione non appartiene affatto al giudice esterno, e che questi dee risalire verso di quello, se vuole imputare all'agente un fatto esternamente riconoscibile, a tenore dell'interno suo fondamento, nel qual rispetto si è parlato della moralità del delitto: è vero inoltre, che il giudice esterno non dee misurare il delinquente secondo la sua intiera individualità, nella quale il diritto, poco più, poco meno, può pareggiare il torto; chè ciò spetta piuttosto all'ufficio del moralista: è vero, che il delinquente, senza che possa farsi caso delle altre sue azioni ed intenzioni, non è mai giuridicamente considerato, che rispetto a quel solo fatto, e a quella sola intenzione, su cui debb'esser sentenziato dal giudice: ma non si può del resto estendere la distinzione fino al segno di porre da una parte le azioni, che offendono certi determinati diritti, e da un'altra quelle, che sono illecite solamente secondo le vedute di un dato tempo; perchè non si può negare, che anche ogni lesione eccessiva di queste constituisca una violazione di determinati diritti, se per violazion del diritto deve intendersi qualche cosa di più che il danneggiamento. Da una lesione di questa specie riman conturbato l'ordin socievole del pari che dal disprezzo dell'altrui proprietà: e quindi ordinariamente vi si può ravvisare anche un danno effettivo, al quale i moderni hanno dato sovente il nome di danno intellettuale. È bensì certo, che non è un delitto ogni lesione della persona e degli averi altrui, nè ogni azio-

ne, riputata illecita dalle vedute del tempo: ma che nell'un caso, e nell'altro deve esistere un determinato contrassegno esterno, onde si possa dedurre la civile penalità dell'azione, il quale è constituito o da una legge espressa, o da qualche cosa, che ne faccia le veci. Questo contrassegno per altro non viene a cognizione degli uomini solamente per mezzo dell'istruzione giuridica, ma ancora mediante l'educazione, che ciascuno riceve nello Stato, e che si procura con l'esperienza, che incomincia a fare sin dall'infanzia, in grazia di che impara a distinguere il diritto ed il torto della sua maniera d'operare. In questo senso i Romani si servivano quasi nel medesimo significato delle voci *honestum et justum*, *turpe et injustum*: in questo senso, e non in altro, vuolsi spiegare il principio dei Romani, così spesso male interpretato, che il diritto esiste nella natura umana, ed è impresso egualmente negli uomini: in questo senso soltanto si comprende l'idea romana dell'*jus gentium*. Agevolmente in fatti si vede, che, appena si presentano in mezzo al popolo le costumanze e il diritto, si presenta ancora la coscienza di quelle e di questo, come risultato della semplice osservazione di ciò che è; onde si può dire, che il diritto, come astrazione, sorge da sè, che esiste nella natura umana, che si manifesta egualmente appo tutti gli uomini. Del resto s'intende bene, che d'ora in ora il legislatore esterno, cioè chi tiene la suprema potestà civile, interviene, e constituisce precetti, che per prima cosa debbono essere debitamente notificati a ciascuno, ognorachè contengano qualche disposizione, che declini dalle vedute e dalle costumanze vigenti.

Da queste considerazioni risultano due conseguenze:

1.° Che sotto l'ingiusto, del quale è quivi discorso, non si può intendere solamente ciò, che i filosofi ed i

giuristi moderni contrappongono all' immorale, ma fa d' uopo ancora comprendervi tutto quello, che è illecito secondo le idee degli uomini viventi nella civil compagnia;

2.° Che la nozion dell' ingiusto nasce per la maggior parte da sè in mezzo agli uomini civilmente collegati, cioè mediante la loro quotidiana esperienza; e che, solamente quando per volontà del legislatore sopravviene una mutazione, dee questa portarsi alla cognizione di tutti per via della notificazione.

Or se noi vogliamo sodisfare alla nostra domanda, se basti, per punire l' agente, che egli conoscesse l' ingiustizia dell' atto, teoreticamente bisognerà risponder di no; perchè non ogni atto ingiusto, come si è detto di sopra, è un delitto. Ma questo principio non eserciterà molta influenza nel giudizio dei fatti concreti; perchè l' ingiustizia di un atto, tanto nell' esperienza della vita, quanto nel caso di notificazione di speciali ordinamenti legali, si desume principalmente dalla pena, e così d' ordinario chiunque conosce l' ingiustizia dell' atto, è consapevole ancora della sua punibilità. E di qui risulta chiaramente qual giudizio si dovrebbe far di colui, che volesse discolparsi, adducendo di aver conosciuto l' ingiustizia dell' atto, ma non la sua punibilità. Questa discolpa sarebbe nella maggior parte dei casi affettata, e si dovrebbe perciò rigettare. Ma in generale, perchè la pena si possa con diritto applicare, la cognizione della penalità dee presupporsi in ogni caso congiunta alla cognizione dell' ingiustizia dell' atto.

§. 3.

Ad III. Nel replicare alla terza quistione si presentano due opinioni.

a) La prima è, che a basare l'imputazione altro non si richieda, che la cognizion della legge penale in generale, come ha sostenuto per ultimo Martin nel suo compendio §. 32. Il che vien determinato da lui con maggior precisione nella nota, ove dice, che « per la » imputabilità non si richiede una cognizione esatta del- » la quantità della pena ». È facile a vedere, che qui tutto è riposto nella minaccia della pena: la qual minaccia non è già il contrassegno, ma il vero ed unico fondamento del delitto. Ma in tal caso non si può assolutamente intendere il perchè non sia mestieri conoscere esattamente la minaccia penale, nè il perchè non si debba far nulla dipendere dalla cognizione del male penale effettivamente minacciato. Chi ripone il fondamento del delitto solamente nella minaccia della pena, o nella legge penale, deve assolutamente ammettere, che possa punirsi soltanto colui, che conosceva pienamente la minaccia della pena, o la legge penale. Affatto altrimenti pensa Kleinschrod nelle *verità fondamentali* I. §§. 15. 16. Egli ammette una penalità espressiva e positiva, e non considera la minaccia penale, che siccome secondaria. Quindi vuole con tutta conseguenza, che chiunque conosce la penalità dell'atto, abbia in questo primo punto di dissuasione, secondo che egli si esprime, un motivo sufficiente di omettere l'atto; in guisa che nulla più di essenziale dipenda poi dal secondo punto di dissuasione, cioè dalla specie e dalla quantità della pena stabilita. Questa veduta ebbe in ogni tempo salde radici nei criminalisti, ma è poi stata espressa in modo speciale da Mühlenbruch nell'archivio civile II. pag. 399., quando dice: « Sembra » in generale, che i criminalisti sieno d'accordo nel ri- » putare, che senza la coscienza della penalità — sen- » za *dolus* obiettivo — non si possa applicare agli agen-

» ti alcuna pena, o non si possano almeno colpire con
» la intiera pena legale, ma che la specie ed il
» grado della pena non dipendano dalla
» cognizione della legge penale ».

b) Secondo l'altra opinione, la cognizione della penalità in genere non basta, ma occorre ancora la cognizion della specie e della quantità della pena minacciata. Fra gli antichi questa opinione è stata espressamente difesa da Boehmer nelle *Med. ad C. C. C. art.* 179 §. 12.; fra i moderni, da Unterholzner, censurato da Mühlenbruch. In Boehmer la cosa è tànto più singolare, in quanto che egli ammette nello stesso paragrafo, che per riconoscere la penalità non sempre si richieda la notizia speciale della legge penale positiva, e che, massimamente in molti delitti, basti la generale esperienza della vita (*scientia vulgaris*), e la sana ragione (*recta ratio*).

Waechter afferma giustamente, che ancora in simil quistione ci siamo troppo allontanati dal diritto positivo. Quando i testi romani non discolpano l'*ignorantia juris* in sè stessa; come dovrebbero concedere qualche influenza all'ignoranza di una disposizione secondaria della legge? Nell'antico diritto criminale romano, la determinazione del male penale non era forse rilasciata per la maggior parte al sovrano giudizio del popolo? Ed anche sotto i tempi imperiali non era forse latissimo l'arbitrio del giudice? Perciò anche a' nostri tempi si è sovente notato, che la cognizione dell'astratta disposizione penale non suol esser neppure di grande importanza; perchè la misura concreta della pena, le cui ragioni non si possono in genere, almeno preventivamente, determinare dal delinquente, spesso dà un risultato, che non poco declina dalla constituzione penale.

Fra i passi delle Pandette, il primo è certamente

uno de' più rilevanti: « *Jus est ars boni et aequi, cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes: bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes* ». Questo passo conferma tutta la nostra esposizione fino a questo punto. Dal medesimo in fatti non si rileva alcuna differenza fra il giusto, ed il buono, fra il giuridicamente ed il moralmente illecito, come necessario fondamento della scienza del dritto. Secondo questo passo, fra i molti mezzi di contenere dentro i limiti del diritto gli uomini civilmente riuniti, il più diretto è la pena, ma il timor generale del male, e delle sue conseguenze; perocchè l' uomo si ritrae spaventato da ogni male, specialmente quando sa, anche generalmente, che tanto nell' impero della natura esterna, quanto in quello della legge etica, domina un principio d' azione e di riazione, e che conseguentemente la quantità del male sarà proporzionata a quella del torto. Si danno certamente degli uomini intelligenti, e dei delinquenti di professione, che non avrebbero intrapreso il fatto, se avessero conosciuto la specie e la quantità della pena: ma tali individui meritano tanto meno il favor della legge, e tanto più ad essi è applicabile quel postulato, come dice Oersted (4), dell' ordin giuridico, per cui ciascuno in caso di trasgressione debb' essere ordinariamente trattato, come se fosse stato pienamente istruito delle leggi penali. Dove sarebbe in fatti, di fronte a tali uomini, la possibilità della riazione, e della sicura signoria del diritto, se potessero scapolare con la scusa di

(4) Regole fondamentali I. pag. 275.

essere stati in errore intorno alla specie ed alla quantità della pena? Tuttociò non si accomoda certamente a quella teorica, la quale presuppone nel delinquente la scienza determinata, « che al suo fatto succederà irre-« missibilmente un male maggiore del dispiacere che « nasce dal non sodisfare allo stimolo, che incita al delitto (5) »; perchè in questo sistema la quantità del male, e la sua cognizione determinata, è una cosa essenzialissima per conservare il meccanismo del movimento e del contromovimento.

§. 4.

Da quanto abbiamo sinora discorso si raccoglie:

1) Che il delinquente dee conoscere la penalità del suo atto, perchè gli si possa imputare;

2) Che per altro non si richiede una special cognizione della legge penale, onde non vale la discolpa di non avere la piena cognizione giuridica della lettera e dello spirito della relativa legge penale;

3) Che tanto meno occorre, che il delinquente conosca la specie e la quantità della pena;

4) Che bisogna ammettere generalmente, che ogni delinquente conosca la penalità del suo atto, non solo perchè una legge presume la cognizion del diritto, ma ancora perchè l' uomo, che vive in seno alla civil società, impara nella grande scuola della vita, e senza particolare istruzione, a conoscer gli scogli, che deve schivare. A questo proposito Boehmer si esprime così: « *Delictorum pars, et scholis, et conversationibus hominum, etiam iis, quibus stupor, inertia, vel defectus instructionis suffragatur, cognita esse solet* ». Kleinschrod,

(5) Feuerbach.

Oersted, ed ora anche Feuerbach, dicono, che i maggiori delitti sono atti illeciti di loro natura, o, secondo la speciale espressione di Oersted, delitti *naturali*.

Rimane adesso solamente ad investigare, in quali casi, ed in favore di quali persone non si debbano ammettere queste presupposizioni.

§. 5.

I Romani faceano così la principal distinzione degli atti illeciti: « *Probra quaedam natura turpia sunt; quaedam civiliter, et quasi more civitatis* » (6). La qual distinzione riconduce alle generali scaturigini delle fonti del dritto, cioè all'*jus gentium*, e all'*jus civile.* Il *natura turpe* è detto ancora *quod lege naturali prohibitum est admittere* (7): e si trova fatta letteral menzione di un *incestus juris gentium*, e di uno *juris civilis* (8). Questo concetto non è infruttuoso pel mondo moderno; perocchè, si dica ciò che si vuole intorno all' importanza del diritto naturale, certi principj giuridici si distinguono sempre dagli altri, in quanto che quelli, per le concordi vedute dei colti e degl' incolti, dei giureconsulti e dei non giureconsulti, dei sovrani e dei sudditi, stanno fissi nella realità, come nella coscienza; mentre questi riposano su direzioni, opinioni, e leggi particolari, e solamente in una maniera speciale possono entrare nella coscienza generale. Senza occuparci di quistioni accademiche intorno al diritto di natura, noi potremo dunque servirci utilmente di questa distinzione, conosciuta in ogni tempo, e da tutti i popoli inciviliti.

(6) L. 42. D. *de verb. sign.*
(7) L. 1. §. 3. D. *de furtis.*
(8) L. 38 §. 2. D. *ad L. Jul. de adult.*

Ciò presupposto, fa d'uopo investigare anzi tutto, quali azioni nel comun sistema dei *delicta* oggidì vigente si tenessero dai Romani per *natura probra*. Dirksen nel tomo I. quaderno 1. del Museo Renano ha fatto il più moderno tentativo di questa ricerca. Una indagine più estesa potrebbe condurre ai seguenti risultati, che sembrano importanti anche per la classazion dei delitti.

I. In primo luogo i delitti o contengono offese dei diritti dei singoli, e di quelle persone, che godono dei diritti dei singoli, o sono diretti contro l'intiero Stato, cioè contro la sua esistenza e dignità, e contro le sante credenze del popolo intorno all'Essenza Divina, ed al tenore degli atti umani. In questo ultimo rispetto i Romani parlarono di una *injuria*, *quae fit contra bonos mores* (9), e quindi non ristrinsero la nozion dell'*injuria*, come i moderni, che riferiscono la loro idea di violazion del diritto alle offese di determinati diritti dei singoli e dello Stato, e perciò richiedono sempre un determinato subietto giuridico, che nel loro linguaggio si chiama il *danneggiato*, come subietto passivo del delitto. In quella idea generale i Romani attribuiscono ragionevolmente all'*jus gentium* la *erga Deum religio*, *et ut parentibus et patriae pareamus* (10): ed in questo rispetto si dichiara facilmente la estensione del diritto penale, in quanto la pena nient'altro è che il mezzo più generale della sanzione di ogni diritto. Quindi è un'illusione il credere, che il diritto criminale romano si formasse da prima a difesa dei diritti privati (11), e che si estendesse a poco a poco; imperocchè è indubitato, che tutte le violazioni, scientemente commesse, dei diritti privati, furono

(9) L. 1. §. 1. D. *de extraord. crim.* Jarke Diritto penale censorio dei Romani pag. 111.

(10) L. 2. D. *de just. et jure.*

(11) Jarke l. c. pag. 15.

in ogni tempo noverate fra gli atti, che si dicevano *natura probra*, mantre i *delicta* d'altra specie potevano avere bensì la loro base nell'*jus gentium*, ma, a motivo della necessità della determinazione giuridica, doveano trovare il loro particolar fondamento ancora nell' *jus civile*; di modo che, se questo mancava, potevano nascere gravi difficoltà intorno alla punizione. Con che viene ad apparir chiaramente, che i Romani sottoposero in ogni tempo a pena pubblica le azioni malvagie e pericolose allo Stato, ancorchè le medesime non contenessero alcuna violazione immediata del dritto.

II. Le stragi di uomini liberi, ed in generale le offese pericolose alla vita, i furti di ogni specie, le lesioni dolose del corpo e della proprietà, la più gran parte delle altre ingiurie, le pubbliche violenze, le frodi, le falsità, e le ruberie, si riponevano certamente dai Romani *inter natura probra* (12). Il che si può mostrare partitamente.

A.) Rispetto all' *homicidium* l'osservazione è stata già fatta e provata da Dirksen (13). E siccome il mondo antico professava universalmente la massima *voluntas spectatur*, *non exitus*; così ogni fatto, intrapreso contro la vita di persone libere, era giustamente un *natura probrum*. Dallo stesso principio si può dedurre, se i *delicta*, che noi prendiamo come speciali, cioè l'esposizion degl' infanti, il procurato aborto, e la procurata sterilità, fossero, o no, presso i Romani *natura probra*. Se in fatti simili azioni si commettevano con intenzione malignamente pericolosa, poteano cadere sotto il *crimen homicidii* (14), e a motivo dell' intenzione erano sempre *natura*

(12) V. Donellus *de jure civili* lib. I. cap. 22.

(13) I. c. pag. 40.

(14) Matthaeus *de crim* lib. 47. tit. ult. cap. 2. lib. 48. tit. 5. cap. 5. Pauli *Rec. Sent.* lib. V. tit. 23. §. 13.

probra: ma se si eseguivano per necessità, oppure con buona fede, e (trattandosi di procurazion di aborto, o di sterilità) da una persona sopra di sè medesima, o con assentimento di quella, sul corpo della quale si operava; la storia del diritto criminale romano dimostra, che simili atti non furono sempre considerati come *natura probra*, perchè anzi in certi tempi ed in certe circostanze vennero permessi. Più tardi per altro lo spirito cristiano produsse mutazioni meravigliose nei costumi del mondo, e quindi l'esposizion degl'infanti fu dai Romani punita in ogni aspetto, e fu riputata, come lo è tuttora, un *natura probrum*. Lo stesso giudizio deve assolutamente formarsi, almeno oggidì, anche del procurato aborto. La cosa può rimanere nel dubbio quando si tratti di sterilità, procurata per volere del danneggiato: nel qual caso la decisione concreta dipende piuttosto dal riguardo, che merita la persona incolpata.

B) Che il *furtum* appresso i Romani fosse sempre *natura probrum*, è letteralmente deciso (15).

C) Le lesioni dolose del corpo e della proprietà si ponevano dai Romani fra le *injuriae*, e sotto il principio dell'*jus gentium* • *hominem homini insidiari nefas est* (16). Ed il carattere dell'*jus gentium*, anche secondo Dirksen, si può riconoscere dall'esser riposto in questo caso nell'*aequum bonum* tutto ciò che riguarda la *obligatio* del danneggiatore (17). Finalmente si può far uso in questo luogo anche di un argumento *a contrario sensu*. Se i soli danneggiamenti colposi sono propriamente colpiti di pena dalla *Lex Aquilia*, e così questi soltanto si fon-

(15) L. 1. §. 3. D. *de furtis* — §. 1. Inst. *de oblig. quae ex del. nasc.* — Theophilus hic — Gajus Com. IV. §. 37.

(16) L. 3. D. *de just. et jur.*

(17) L. 11. §. 1. D. *de injuriis.*

dano nell'*jus civile*; è chiaro, che i dolosi non potevano considerarsi soggetti alla medesima legge.

D) Anche le altre ingiurie possono senza esitazione riguardarsi come *delicta juris gentium*, in quanto che i Romani più tardi *extra ordinem*, e più presto in virtù della *Lex Cornelia* le sottomessero ad una conseguenza penale. Esse infatti sono violazioni del dritto assolutamente gravi.

E) Se rispetto alle pubbliche violenze, alle ruberie, alle frodi, ed alle falsità, non si possono trovare nel diritto romano testimonianze dirette, che mostrino essere state annoverate simili azioni *inter natura probra*; Dirksen (18) ha per altro egregiamente e rettissimamente osservato, che il precetto generale di obbedienza verso il potere dello Stato, e le complessive proibizioni dell'ingiusta violenza, del furto, e dell'ingiuria, dovevano inchiudere una pluralità di modificazioni particolari di questi delitti. Si consideri inoltre il principio, in virtù del quale si può *ex jure gentium* propulsare la *vis* e la *injuria ab altero illata*, ma non si può d'altra parte commetter violenza. Si osservi finalmente, che il *furtum* nell'antico diritto romano, avanti la introduzione del *falsum* e dello *stellionatus*, aveva un significato egualmente generale.

III. I delitti contro l'intiero Stato, come persona morale, e la dolosa violazione delle credenze e delle persuasioni più sante in materia di religione e di etica, desiderano, a profitto della nostra distinzione, una più esatta ricerca.

A) L'alto tradimento, la sedizione, e qualche altra pubblica offesa dei diritti del governo, furono presso i Romani *natura probra*; imperocchè il rispetto e l'obbedienza verso il potere dello Stato si parificano da per

(18) l. c. pag. 40.

tutto alla venerazione ed all' obbedienza verso i genitori, e l' una, e l' altra regola appartiene all' *jus gentium* (19). Per altro una trasgressione di leggi, che non avvenga *animo hostili in rempublicam*, non è un *natura probrum*, ma una semplice violazione dell' *jus civile*. Quindi una società, che si tenga segreta allo Stato, purchè non serva di mezzo ad uno dei menzionati delitti, non constituisce un *factum natura turpe*, tuttochè leggi particolari la interdicano sotto minaccia di pena: e i così detti delitti di polizia, ai quali apparteneva per esempio appresso i Romani la contravvenzione alla Legge *de vectigalibus*, non sono che *delicta juris civilis*. Quando bensì i diritti del governo vengono violati in un modo, che di per sè constituisce un delitto, come per via di violenza, di frode, di ruberia, non può nascer dubbio sul debito di considerare il fatto come *natura probrum*.

B) I delitti di religione sono ordinariamente *natura probra*. Basta in fatti che uno faccia le più generali riflessioni sopra il culto, che i concittadini prestano a Dio, per conoscere il proprio torto nell' offendere le più nobili persuasioni altrui. La *religio erga Deos* apparteneva, anche secondo le idee de' Romani, all' *jus gentium*. I Romani hanno sempre punito lo spergiuro, come *natura probrum*, sebbene si contentassero di applicargli una pena censoria. Appresso di loro bensì lo spergiuro non era sempre una violazione della Divinità: ma in ogni caso constituiva una grave immoralità, e generalmente riprovata.

C) Nei delitti, o nelle *injuriae contra bonos mores* le immoralità carnali si voglion distinguere da tutte le altre. Esse avevano in fatti nel diritto criminale dei Ro-

(19) L. 2. D. *de just. et jure* — *Auctor ad Herennium* lib. II. cap. 13.

mani una grande importanza, e la maggior parte delle azioni, che appartenevano a questa classe, erano *natura probra*. Se ne posson fare le seguenti categorie.

a) Quei delitti, che ad un tempo contengono una vera e propria violazione dei diritti altrui: alla qual classe appartengono lo stupro violento, ed il ratto, posti dai Romani anche sotto il *crimen de vi*.

b) Quei delitti che violano i diritti del marito, cioè i veri e proprj adulterj, espressamente riputati dai Romani come *natura probra* (20).

c) I delitti carnali contro le leggi della natura fisica. I Romani li trapassano quasi sotto silenzio, a meno che non vi si voglia computare l'incesto. Ed in questo titolo espressamente distinguono l'*incestus juris gentium*, e quello *juris civilis* (21).

d) I lenocinj venivano verisimilmente giudicati secondo il delitto, a cui si dirigevano (22).

Le altre immoralità, le più delle quali si punirono nell'antico diritto dai censori, alcune più tardi *extra ordinem*, dipendono moltissimo dall'opinione del tempo e del popolo. Oggidì si considerano come fatti di competenza della polizia, che sono ordinariamente *delicta juris civilis*.

Da questa esposizione risulta,

1) Che dallo sviluppo del diritto romano si rileva quali e quanti sieno i delitti *juris gentium*, ossia i delitti naturali:

(20) L. 42. D. *de verb. sign.*

(21) L. 38. §. 2. D. *ad L. Jul. de adult.* — L. 8. 14. §. 2. 5. — L. 52-56. — L. ult. D. *de ritu nupt.*

(22) Se lo stupro semplice sia un *factum natura turpe*, è indagine da instituirsi secondo la diversità dei tempi e delle legislazioni. E fra le altre cose fa d'uopo ancora esaminare se l'importanza del risultato bilanci la difficoltà della giudiciale investigazione.

2) Che quanto alle altre trasgressioni, proibite sotto minaccia penale, che d'ordinario si sogliono comprendere sotto il nome di azioni punibili dalla polizia, si deve ammettere, che sieno *delicta juris civilis*; perocchè, sebbene in sè stesse possano sembrar turpi, pure la loro penalità deve basarsi in una legge particolare, comechè la sola coscienza dell' illecito non basti ad imputare un' azione per punirla.

§. 6.

Adesso ci rimane a mostrar solamente che l' *ignorantia juris* non discolpa mai alcuno nei delitti *juris gentium*, ma che nei delitti *juris civilis* le donne, i minori, ed altre persone *ob rusticitatem* vengono scusate a riguardo del loro *error juris*. Nel medesimo tempo vuolsi notare che cosa sia di diritto in questo punto rispetto ai soldati, ed ai forestieri.

Prima di entrare nei particolari, cercheremo, se in questa dottrina si possa rintracciare per avventura un principio direttivo. Mühlenbruch (23) pensa, che ci dovremmo contentare della consolazione, che è già una gran cosa, di aver ben riconosciuto il diritto romano nelle sue disposizioni ed applicazioni essenziali: ma noi crediamo, che il tentativo di andar più oltre meriti almeno un favorevole sguardo. — A noi sembra pertanto, che i romani giureconsulti in questa occasione sieno partiti dal concetto, che, in materia d'ignoranza di diritto civile, cioè del diritto particolarmente proprio di uno Stato, non dovessero esser colpiti dalla presunzion del contrario coloro, che a motivo della loro età, del loro sesso, e della loro educazione, sono estranei alla

(23) Archivio pel diritto civile l. c. pag. 458.

vita pubblica. Nè con ciò si venne a concedere alcun privilegio, ma solamente si ristrinsero i limiti della nota *præsumtio juris*. La prova dei particolari porrà in luce la giustezza di questa veduta.

A) Mühlenbruch ammette generalmente co' suoi antecessori, che i minori, quanto alle conseguenze dei loro atti ingiusti (o queste consistano nel dovere d'indennizzare un altro, o in una vera e propria pena) sono scusati dall' *ignorantia juris*. Ma che sì fatta opinione sia troppo generale, e che si debba ristringere ai soli delitti *juris civilis*, si dimostra con gli argumenti, che seguono.

a) I passi citati da Mühlenbruch non parlano che di delitti *juris civilis*. La L. 9. §. 5. D. *de minoribus* discorre di una trasgression di gabella; la L. 1. §. 5. D. *ad SC. Turp.* tratta delle conseguenze del Senatusconsulto Turpilliano, e così certamente di *jus civile*, come ne fa evidentissima fede anche la intiera parificazione delle donne e dei minori. A ciò si aggiugne il §. 4. della L. 38. D. *ad L. Jul. de adult.*, nel quale, a motivo della sua relazione alle donne, ed al precedente § 2., si fa espressamente parola d' *incestus juris civilis*.

b) La scusa dell' ignoranza di dritto non si applica mai a quelle azioni, che sono *natura probra;* perchè basta a conoscerle la generale esperienza, acquistata da chicchessia dopo gli anni dell' infanzia.

c) Qui non si tratta di mitigazione di pena, ma di riconoscere l' innocenza, la quale non può ritrovarsi giammai nelle cose, che sono *natura probra*, quando l' agente ha sano il giudizio, e qualche educazione in genere, onde non si debba dubitare d' imputabilità. È conosciuto abbastanza, che sul punto dell' imputabilità il diritto romano e il canonico non volle favorire i *minores* (24).

(24) V. il compendio di Rossh'irt §. 89. num. I.

d) Forse la cosa arriva alla maggiore evidenza, osservando, che i *minores* vengono in questo punto sempre accomunati alle donne, nelle quali la ragione dell' *ignorantia juris* si lascia più direttamente ravvisare nell' *jus civile*.

B) Rispetto alle donne sembra, che Mühlenbruch (l. c. pag. 448.) prenda la cosa troppo specialmente. Egli crede in fatti, che nelle donne la discolpa dell' *ignorantia juris* debba strettamente limitarsi ai casi nominati nelle fonti. Ma chi vorrà prender questo alla lettera? Chi non sarà desideroso di un principio più generale, specialmente quando si tratta delle conseguenze penali di azioni contrarie al diritto? E st fatto principio ci viene offerto con tutta precisione nelle parole della L. 38. §. 2. D. *ad Leg. Jul. de adult.* « *Nam si sola juris nostri observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata* ». Se si confrontano con questo gli altri passi, riportati da Mühlenbruch, si vede chiaramente, che ivi pure si tratta di più alte disposizioni singolari del diritto puramente romano, e segnatamente delle pene che s' incorrono per via della trascurata *inspectio ventris*, dell' *adscriptio legati*, e del *SC. Turpillianum*.

C) Quanto alla *rusticitas*, rettamente descritta da Muhlenbruch, come uno stato, in cui si presenta abbastanza visibile *in concreto* la imperizia del dritto (25), lo stesso scrittore ha nominato il *criterium causae*, tuttochè non espresso debitamente. Egli in fatti si riferisce ad un passo, nel quale si determina, che la *rusticitas* non può esser motivo di commettere impunemente le azioni, che si ravvisano ingiuste anche senza una particolar cognizione dei dritto (26).

(25) Conf. L. 3. §. 22. D. *de SC. Silan.*
(26) L. 2. Cod. *de in jus vocando*.

Che questa *rusticitas* sia veramente il terzo motivo, da mettersi accanto alla *aetas* ed al *sexus*, apparisce ancora da altri frammenti, dove questi tre punti si trovano contemplati insieme: per esempio dalla L. 1. §. 5. D. *de edendo*, dalla L. 2. §. ult. D. de *jure fisci* (27).

Finalmente questa eccezione, dove si parli semplicemente d' *ignorantia juris civilis*, viene offerta dalla stessa natura della cosa; perchè la *rusticitas* dee riporsi appunto nella imperizia di ciò, che si può conoscere solamente per mezzo di particolare esperienza.

Che la *rusticitas* si presenti specialmente nelle persone d'inferior condizione, si scorge dall'osservare, che essa è principalmente riferita agli *humiles* ed agl' *illiterati* (28). È per altro evidente, che qui non si può dipendere in generale dalla differenza delle condizioni, ma dalla educazione concreta.

Una tale eccezione non si può ammettere in favor dei soldati; perchè il soldato sta, come ogn' altro cittadino, in mezzo alla vita pubblica, e i privilegj, che gli si concedono, mirano semplicemente alla conservazione dei diritti patrimoniali, ed a scusarlo da certe formalità, che sono dall' *jus civile* prescritte. Ma i divieti penali debbono conoscersi dal soldato, come da ogn' altro cittadino. Le leggi disciplinali dei soldati sono anch' esse un *jus civile*: eppure un testo particolare dimostra, che dee concorrere negli agenti anche un' imperizia concreta, come per esempio nei *tirones*, perchè l' *ignorantia* possa scusare (29). Mühlenbruch propone ancora, come un caso singolare, la L. 5. Cod. *de his qui sibi ad-*

(27) Conf. Donellus *de jure civili* lib. I. tit. 22.

(28) L. 6. §. ult. D. *de excusat.*

(29) L. 4. §. 15. D. *de re mil.*

scribunt in testamento, dove l'*ignorantia* discolpa il soldato: ma questo passo è un rescritto, e non vi si parla che di una speciale *indulgentia*, che Alessandro concesse al soldato Gallieno, perchè l'imperatore credè, che la *Lex Cornelia* non fosse stata violata per malizia, ma per errore.

Finalmente è notorio, che in Roma i *peregrini* non avevano bisogno di conoscere *l'jus civile*, e facea d'uopo d'una finzione, perchè si potesse proceder con loro secondo le forme del giudizio romano, ed a tenore dei principj del diritto romano (30). Qui per altro non era propriamente l'ignoranza dell'*jus civile*, che scusasse, ma piuttosto il non essere il *peregrinus* sottoposto all'*jus civile*. In tal guisa dunque non si poteva presentare la nostra quistione appresso i Romani. Va la cosa altrimenti secondo i sistemi odierni, in cui il forestiero si considera come *subditus temporarius*, e si riguarda, rispetto all'osservanza delle leggi, come un paesano. Questa è una finzione assai generale, simile a quella dei Romani riferita di sopra. Quanto sia antica, e su quali fondamenti costruita, non sarebbe così facile rintracciarlo storicamente. Ugone Grozio (31) ci attesta, che questa massima era generalmente riconosciuta anche a' suoi tempi. Senza entrare di più in questo argumento, noi ci limiteremo a notare, che è sempre una cosa dura l'esigere da uno straniero, che traversa uno Stato, la esatta cognizione dell'*jus civile* di esso, cioè di tutta la sua legislazione particolare. Se non che l'intima congiunzione delle nazioni civilizzate del nostro tempo nelle loro politiche direzioni, in virtù della quale sembra che gli Stati diversi non formino che una sola famiglia, mitiga.

(30) Gajus Comm. IV. §. 37.
(31) *De jure belli et pacis* lib. II. cap. 11. num. 2.

molto questa durezza. Quando poi ogni Stato, tenendo dietro al senso della convenienza politica, procurerà, che i suoi regolamenti particolari vengano pubblicati in modo, che il forestiero possa esserne con qualche sua diligenza avvertito; quel principio non presenterà più pericoli, e si potrà giuridicamente giustificare.

§. 7.

CONCLUSIONE

Agli antichi giureconsulti, che stavano scrupolosamente attaccati al diritto romano, non potè naturalmente rimanere occulto il pensiero fondamentale, che serve di base a questa dissertazione. Fra i criminalisti lo manifesta segnatamente il Cremani (lib. I. cap. III. §. 9.), il quale nella dottrina dell' *ignorantia juris* ha attinto dalla fonte migliore, cioè dal comentario del Donello, senza dir nulla di più. Quindi è prezzo dell' opera compendiare in questo luogo la esposizione del Donello, riportando le sue stesse parole. « *Quaedam prohibentur jure gentium, quaedam jure civili: et in his, quaedam simpliciter, quaedam cum hac adjectione si dolo malo fiant. In quibus haec duo concurrunt, ut et jure gentium prohibeantur et simpliciter, ea admissa ignorantiae veniam non habent, nec quisquam aut sexu, aut aetate, aut alia imperitia vitae excusatur . . . . . . Huic excusationi locus est in his, quae jure civile prohibentur: sed et generaliter in eo genere, cum quid ita prohibetur, ne dolo malo fiat; aut poena constituitur, si quid dolo malo factum sit. Nec intererit, utrum jure civili prohibitum sit, an jure gentium* » (32).

Tutta questa dottrina giustissima è stata dimentica-

(32) *De jure civili* lib. I. tit. 22.

ta, parte perchè i moderni criminalisti si sono lasciati traviare dalla smania di far teoriche, e parte perchè i forensi non furono mai disposti a riflettere sull' importanza e sulla pratica applicabilità della distinzione dell'*jus gentium* e dell' *jus civile*. Riman solamente ad avvertire, che una differenza fra i *delicta, quae simpliciter, et quae cum hac adjectione, si dolo fiant, prohibita sunt*, non si trova nelle fonti del romano diritto, ed è totalmente inutile; perocchè la intiera dottrina dell' *ignorantia juris* è solamente applicabile, quando non si tratti di uno speciale *animus delinquendi*, che constituisca il proprio fondamento subjettivo del delitto. Or siccome si concorda, che non si può presumere il *dolus* in genere, nè uno speciale *animus injuriandi*, ma si dee necessariamente dimostrare; viene a cadere di per sè tutto quello, che poteva dirsi della *praesumtio* della cognizion del diritto, e delle sue eccezioni. Quanto importi poi di fare attenzione a non mescolare la dottrina del *dolus* con quella dell' *ignorantia juris*, non solamente ce lo mostra la distinzione affatto singolare, che il Donello ha qui supposto al diritto romano, ma ancora la maniera di vedere dei più recenti scrittori intorno al nostro argumento.

VI

DELL' INFLUENZA DELL' UBRIACHEZZA SOPRA L' IMPUTAZIONE, E SOPRA L' APPLICAZION DELLA PENA (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOMO XII. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Principj del diritto romano sopra l' influenza dell' ubriachezza.

Nello sviluppar la dottrina dell' influenza giuridica dell' ubriachezza apparisce chiaramente, quanto poco nel diritto comune si può stabilire ogni massima particolare per mezzo di generali disposizioni di leggi, e quanto uno si debba guardare dal dedurre delle regole generali da separati frammenti di giureconsulti, o da rescritti imperiali, che si riferiscono a casi particolari. Ma anche dove si prendano in esame accurato i principj delle moderne legislazioni intorno all' ubriachezza, uno si convince facilmente, quanto poco si sia guadagnato in proposito con alcune massime generali inserite in un codice; come la sola scienza insegni i particolari nell' applicazion del diritto; e come, laddove la legislazione è piena di mancanze, e non corrisponde allo scopo, ivi la pratica non di rado s' ingegna d' aiutarsi da sè medesima a forza di giri e di contorcimenti arrischiati. Lo sviluppo della nostra trattazione dimostrerà, che si de-

via dal retto cammino, tanto allorchè si stabilisce legalmente, che l'ubriachezza non toglie l'imputazione, quanto allorchè la regola determina, che la massima ubriachezza sia sempre un motivo di sopprimere l'imputazione. Solamente una sottil distinzione dell'ubriachezza preordinata dalla volontaria ed involontaria, e dello scadimento alcoolico dalla mania di bere, può sicuramente guidare il pratico nell'applicazion delle leggi ai singoli casi. Che le leggi penali troppo severe, ed opposte al senso comune della nazione, non servono a nulla, perchè in ogni possibil guisa si eludono, anzi conducono all'estremo contrario della soverchia indulgenza della criminale giustizia, ci viene principalmente mostrato da un esempio della legislazione francese. Il codice penale di Francia non parla affatto dell'influenza dell'ubriachezza: e lo sviluppo, onde sarà parola più sotto, di quella legislazione, non lascia luogo a dubitare, che, secondo la volontà del legislatore francese, l'ubriachezza non dovesse mai sopprimere l'imputazione, nè liberar dalla pena. Ma i nostri lettori si convinceranno, quando noi riporteremo tra poco i principj dell'odierna giurisprudenza francese, che ora non si ha la menoma difficoltà ad assolvere l'ubriaco, ancorchè abbia commesso i più gravi delitti; perchè si ammette, che l'ubriachezza sia uno stato di demenza passeggiera, e l'articolo sesto del codice penale dichiara generalmente, che la demenza sopprime l'imputazione.

Or se noi domandiamo che cosa disponga il diritto romano in materia d'ubriachezza, il difetto di una general prescrizione legale non farà specie a chiunque conosca lo spirito del diritto criminale romano, e sappia, che il medesimo non si appoggia ad un codice penale intieramente chiuso. Fin dai tempi delle antiche *leges*, o dei giudizj ordinarj noi non troviamo giammai nelle

fonti neppure un indizio intorno all' influenza dell' ubriachezza sopra l' applicazion della pena . Imperocchè, secondo il carattere del processo, gli *judices* nelle *quaestiones perpetuae* erano solamente richiamati ad esaminare la verità dell' accusa, e semplicemente a condannare, o ad assolvere; onde non poteano proporre una pena men grave di quella della legge, nè aver riguardo a motivi di mitigazione (1). Nè si creda, che il non avere i Romani preso nella necessaria considerazione i diversi stati dell' animo, che sopprimono, o diminuiscono l' imputazione, cagionasse ingiuste condanne; perchè gli *judices* nelle *quaestiones perpetuae* si ritrovavano precisamente nel caso, in cui sono i giurati in Inghilterra ed in Francia, e quindi, ognorachè riconoscevano troppo severa la pena, potevano assolvere, come fanno di frequente i giurati francesi nelle accuse di sacrilegio e di falsità di moneta, e come possono fare tanto più facilmente, non dovendo render conto delle loro sentenze ad alcuno. Soltanto dopo che si furono a poco a poco introdotti i giudizj straordinarj, quando più non si trattò di applicare il male prescritto dall' antica legge, e il potere del giudice si estese anche alla scelta della pena, si presentano alcune traccie, onde appare, che nel risolvere le cause criminali si avesse riguardo all' influenza dell' ubriachezza . Anche qui si applicò la capital differenza fra il delitto commesso *dolo malo*, cioè con intenzione ostile, determinatamente diretta a delinquere, e quello eseguito *ex animi impetu*: onde non fa meraviglia, che Marciano (2) adducesse l' ebrietà come un esempio dell' *im-*

(1) V. intorno a questa quistione Feuerbach nella sua Revisione I. p. 365 — Besserer *Comm. de indole juris crim. rom. fasc.* II. p. 22. — 49. — Rosshirt sviluppo dei principj di diritto penale pag. 71.

(2) L. 11. D. *de poenis*.

petus, e volesse in tal guisa mostrare, che l' ubriaco, tuttochè sia punibile, se delinque, non debb' essere equiparato per altro al malfattore, che opera a sangue freddo, e con illuminata coscienza. L' ubriachezza fu pur considerata in altri delitti, che, senza chiara coscienza ed animo ostile, perdono il loro pericolo e la loro importanza: come per esempio nelle espressioni contro il Sovrano (3), o quando l' ubriachezza fa discendere al grado di colposa l' azione, che altrimenti sarebbe una grave violazione d' uffizio (4). Nei soldati, che tentassero di mutilarsi, o di uccidersi, l' ubriachezza è un motivo di mitigazione (5); perchè la ragione, in virtù della quale il suicidio del soldato soggiaceva per diritto romano a una pena, si presentava solamente in colui, che cercava di uccidersi a sangue freddo (6). Per lo che non si trova nella collezione giustinianea una disposizion generale, che dichiari, esser l' ubriachezza motivo di sopprimere o di scemare l' imputazione in tutti i delitti.

§. 2.

Principj del diritto canonico e delle leggi imperiali.

Se non è dato ritrovare disposizioni generali neppure nel diritto canonico, è noto per altro, che si presentano in esso molte proposizioni, che derivano dal principio d' imputare l' azione secondo il grado della colpa interna, e del lume della coscienza; tuttochè più relative alle pene spirituali, che al diritto criminale se-

(3) L. un. Cod. *Si quis imperat. maled.*

(4) L. 12. D. *de custodia reor.*

(5) L. 6. §. 7. D. *de re mil.*

(6) Sopra questa ragione, sempre assai controversa, V. Wächter Nuovo Archivio di diritto crim. tomo X. p. 102.

colare. Così nel diritto canonico l'ubriachezza è precisamente riconosciuta come un motivo, che merita l'indulgenza di giudici assennati, perchè all'agente manca in quello stato la coscienza della propria azione (7), e perchè Iddio usò condiscendenza verso di Lot (8).

Nelle leggi imperiali un solo passo dimostra, che l'ubriachezza si considerasse in quel tempo, come motivo di mitigazione (9). Nè qui si fece altro, che seguitare l'idea degli antichi pratici. Il silenzio della Carolina non fa meraviglia, quando si sa, che Schwarzemberg non ebbe in mira di compilare un compiuto codice sistematico, ma che in quella vece rilasciò l'applicazion del diritto a tre scabini, ed alla consuetudine forense già diffusa da per tutto, dalla quale aveva attinto egli stesso, e che riguardò come il miglior supplimento del suo lavoro.

§. 3.

Principj della consuetudine forense germanica.

È inutile pretendere di ritrovare una ferma base della nostra pratica odierna, e di conoscere convenientemente l'interna connessione delle fonti del nostro comun diritto criminale germanico, senza fermarsi alle dottrine dei pratici italiani del medio evo; avvegnachè le opere di Gandino, di Bonifacio, e di Angelo Aretino sieno indispensabili per sapere con quale idea nella prima applicazione del diritto romano si raccolsero alcuni passi, e si temperarono con le esigenze e con

(7) « *Nesciunt quid loquantur, qui nimio vino indulgent, jacent sepulti* ». c. 7. C. XV. q. 1.

(8) c. 9. C. XV. q. 2.

(9) Risoluzione della dieta del 1495 sopra la bestemmia § 1.

le vedute indigene. Quivi il diritto romano non si può prendere nel senso puramente romano, come dietro i risultati delle istoriche investigazioni; perocchè solamente nel modo, in cui era inteso dai pratici del medio evo, somministra la fonte del nostro comun diritto penale odierno. Non è difficile ravvisare, che ogni qual volta i criminalisti italiani del medio evo affermano l'esistenza di una qualche opinione giuridica, fondata sulla general consuetudine, quella opinione è generalmente riconosciuta anche adesso nella pratica. Così nei primi scritti de' più antichi pratici del medio evo noi troviamo piantata la massima, che l'ubriachezza è un motivo mitigante. Alcuni di questi giureconsulti ne parlano solamente nel delitto di bestemmia (10): altri all'opposto, come per esempio Angelo Aretino (11), prendono più generalmente in questo rispetto lo stato dell'opinione, ed ora riportandosi al diritto romano (L. 11. D. *de poenis*), ora al diritto canonico, dichiarano, che l'ubriachezza è motivo di punizione più mite. Questa massima rimase fermamente radicata nella consuetune forense posteriore, nella quale o l'ebrio si paragonò al dormiente, o l'ubriachezza venne parificata all'insania (12). Solamente nel secolo XVI. si sentì, che non bastava una semplice regola generale sopra l'ubriachezza, riguardata qual motivo mitigante: e quanto più si andò perfezionando la scienza, tanto più s' intese a distinguere con maggior sottigliezza i singoli casi: e precipuamente dopo il Claro (13) nacque l'idea, che l'estre-

(10) Bonifacius tract. super malif. p. 120.

(11) Angelus Aretinus de malefic. p. 111.

(12) Gomez variar. resol. res. III. cap. I. num. 75.— Farinacius prax. quæst. 93. num. I. — Decianus tract. crim. L. II. cap. 6. — Tiraquellus de poenis temp. causa 6. — Mascardus de probat. concl. 94. lib. I. num. 4.

(13) Prax. crim. quæst. 60. num. 11.

ma ubriachezza liberasse in vero dalla pena del *dolus*, ma sottoponesse l'ubriaco a soffrire la pena della *culpa*; eccettochè quando uno si ubriacasse intenzionalmente, e con la coscienza di commettere un delitto in simile stato, nel qual caso non dovea meritare la menoma scusa (14); e quando uno, senza avervi affatto contribuito, si fosse ubriacato, a motivo di sustanze inebrianti, stemperate nel vino da' suoi compagni, nel qual caso non dovea soggiacere neppure alla pena della *culpa*. Si cominciò ancora a distinguere acutamente l'una dall'altra le specie dell'ubriachezza, e non si concesse influenza, che a quella che abolisce l'uso della ragione (15). Tali vedute determinarono a poco a poco la pratica germanica (16) con varie altre distinzioni, sovente più sofistiche, che importanti per l'uso, come per esempio fu quella fra l'*ebrius* e l'*ebriosus* (17). In Germania massimamente trovarono questi principj un credito deciso, come ne fanno indubitata testimonianza Gail (18), Carpzow (19) e Boehmer (20), i quali tennero dietro all'opinione del Claro: ma trionfarono ancora nella pratica d'Italia (21), di Spagna (22), di Portogallo (23), di Olanda (24), e de' Paesi Bassi (25). Laonde fa tanto maggior meraviglia, che in tre Stati germanici le mas-

(14) Folleri prax. rer. crim. in Blanci pract. crim. p. 805.
(15) Maiorani Opopraxis judic. crim. p. 158.
(16) Damhouder prax. rer. crim. cap. 84.
(17) Matthaei de crim. proleg. cap. 2.
(18) Observ. II. obs. 110.
(19) Prax. rer. crim. p. I. qu. 45. num. 57.
(20) Med. ad C. C. C. art. 179. §. 9.
(21) Cremani elem. jur. crim. I. pag. 46.
(22) Asso y Manuel Instituciones del derectio di Castilla P. II. pag. 171.
(23) Mellie Freisii instit. jur. crim. lusit. pag. 4.
(24) Linden regtsgelend practical handboek p. 203.
(25) Ghewiet instit. du droit belgique II. p. 330.

sime relative all' ubriachezza si formassero in senso affatto contrario alla pratica tedesca, voglio dire in Francia, in Inghilterra, ed in Scozia. Ma la sorpresa diminuisce quando si sa, che nel medio evo, ed anche nel secolo XVI, alcuni giureconsulti stabilirono il principio, che l' ubriachezza non esimesse giammai dalla pena ordinaria. Essi partirono dall' idea, che l' ubriachezza è una trasgressione punibile per sè stessa, e che perciò chi commette un delitto in uno stato punibile, non merita alcuna scusa; tanto più che un grave pericolo sovrasterebbe alla società civile, se si attribuisse una virtù attenuante all' ubriachezza, che può essere agevolmente presa a pretesto per ricoprire i delitti. Simili idee, unite al principio del pericolo, a cui nel secolo scorso si rese volenteroso omaggio a spese della giustizia, presero in Inghilterra ed in Francia una voga tanto maggiore, in quanto che i costumi nazionali di quelle regioni sono severi più che in Germania verso l' ubriachezza. Quindi in Francia un' ordinanza di Francesco I, del 31. Agosto 1536, cap. 3. dichiarò che l' ubriachezza non libera mai dalla pena ordinaria: e la giurisprudenza francese ricevè ossequiosamente questo decreto (26). Simili principj trionfarono in Inghilterra: dove la sentenza del classico M. Hale (27), che qualificò l' ubriachezza come una *dementia affectata*, determinò le opinioni dei giureconsulti inglesi posteriori (28). I quali per altro riconobbero sempre con sano giudizio, che l' ubriachezza muta l' imputazione, e toglie la sua punibilità all' atto, quando l' alterazione è derivata dall' altrui attività senza colpa del bevitore, o quando l' appetito del bere, già soverchiamente sodisfatto, ha prodotto un vero sconcerto

(26) Despeisses Arrêts II. tit. 12. p. 1. num. 4.

(27) History of the pleas of the crown book I. chap. 4.

(28) Blakestone. Comment. on the english law. vol. IV. pag. 25.

nelle facultà dello spirito. Siccome è notorio, che il diritto romano non ebbe mai accesso in Inghilterra; si vede agevolmente il perchè non vi si poteron diffondere i più miti principj del resto d'Europa, fondati sulla L. 11. D. *de poenis*. In Scozia, dove il diritto romano ebbe per vero dire una grande influenza, sembra, che simili ragionamenti, per quanto rileviamo da inglesi giureconsulti, abbiano impedito l'adito ad una pratica più mite (29).

Un esempio di severa legislazione è pur fornito da un'ordinanza di Carlo V. pei Paesi Bassi, a tenor della quale l'ubriachezza non doveva mai esimere dalla pena ordinaria (30). Neppure in Germania si mancò di rigide disposizioni, nelle quali i legislatori si lasciaron guidare piuttosto dalla loro iracondia, e dal principio dello spavento, che dalla giustizia. Appartengono a questa specie una legge annoverese del 5 dicembre 1736, ed una bavara del 6 luglio 1756 (31), secondo le quali l'ubriachezza non dee discolpare: ma il destino di tutte le leggi penali troppo dure colpì anche queste disposizioni, e l'ordinanza de' Paesi Bassi fu ben poco osservata, come prima anche in Germania i pratici migliori sentirono, che non si poteva applicare all'estrema ubriachezza, onde rimane abolito ogni uso d'intelletto (32).

(29) Hume Comm. on the law of Scotland respecting crimes, vol. I. pag. 44.

(30) Damohouder prax. rer. crim. p. 322.

(31) Secondo il *Cod. maxim. crim. bavar.* del 1751. P. I. cap. I. §. 19. si distingue, se a) l'ubriachezza non deriva da alcuna colpa, e toglie tutta l'intelligenza, o b) la colpa fu grave e l'alterazione solamente mediocre. Nel primo caso non deve applicarsi alcuna pena.

(32) Ghewiet Droit belgique II. p. 330.

§. 4.

Nuove legislazioni.

I principj delle nuove legislazioni tedesche rimangon fedeli alla pratica, che ha vegliato sinora in Germania. Il modo, col quale esse dichiaransi in questo proposito, dipende dal carattere dei singoli codici. Siccome il diritto provinciale prussiano non si propone di somministrare l'enumerazione di tutti i motivi, che sopprimono l'imputazione; così non fa meraviglia, che ivi non si presenti sull'ubriachezza che un cenno generale, dal quale si può per altro conchiudere, che, quando l'ubriachezza è prodotta da un grave fallo, deve applicarsi la pena destinata al delitto, commesso in quello stato (33). E gli annali della giustizia criminale prussiana dimostrano, che in un caso, in cui un padre, invaso da mania ubriaca, uccise il proprio figlio, non fu decretato che un anno di carcere (34). Nemmeno il codice bavaro pone alcuna regola generale sopra la punizione dei delitti commessi dagli ubriachi: il che potrebbe sembrare un vuoto, dopo che il medesimo nell'articolo 120, e 121, si è proposto di esaurire tutti i motivi, che sopprimono l'imputazione. Se non che questa censura non sarebbe fondata; perocchè la generale espressione dell'art. 121. « *lo scompiglio incolpevole dei sensi e dell'intelletto* » comprende ancora l'ubriachezza. La legge non determina per vero dire, che nel caso d'ubriachezza incolpevole abbia luogo la pena della *culpa*: ma si rileva bene dai suoi principj generali sopra la *culpa*. Che l'ubriachezza, quando l'agente si è messo a bella posta in quel-

(33) Hitzig Giornale pel diritto crim. pruss. fascic. 22. pag. 399.
(34) ivi fascic. 5. pag. 60.

lo stato per consumare il delitto, non esenti dalla pena, si legge espresso nel codice all' art. 40. Troppo strettamente è considerata all' incontro l' ubriachezza di grado inferiore, quando l' art. 152. del detto codice la riguarda qual motivo attenuante nel solo omicidio d' impeto, e sembra così non permettere al giudice di far caso dello stesso motivo negli altri delitti.

Il codice austriaco dichiara, che il primo inebbriamento, che ha portato al delitto senza intenzione, sia motivo, che sopprima l' imputazione, senza distinguere l' ubriachezza colpevole dalla incolpevole (35).

Affatto diverso da questi principj è quello della legislazione francese. Il codice penale, vigente in Francia, non rammenta affatto l' ubriachezza: e siccome l' art. 65. in termini precisi dichiara, che niun delitto si possa scusare, quando non si presenti un motivo di discolpa, riconosciuto dalla legge; sembra, che nel diritto francese l' ubriachezza non sia motivo di sopprimer la pena. Il che agevolmente si comprende, dopo che si è riferito di sopra, che anche le massime giuridiche anteriori non concedevano alcuna influenza attenuante all' ubriachezza (36). Nei primi anni, che succederono alla pubblicazione del codice penale, questa massima severa fu ritenuta fermamente nelle corti di giustizia (37), anche in conseguenza di un certo predominio letterale, e della teorica del terrore. Ma a poco a poco trionfò anche in Francia il principio più mite, si biasimò la durezza della legislazione, e si chiese pel giudice la libertà di considerar l' ubriachezza come causa attenuante.

(35) Codice penale austriaco del 1803. §. 2. lettera c. — V. Jenull Diritto crim. austriaco P. I. pag. 138. — Albertini Diritto penale vigente nelle provincie lombardo-venete, pag. 26.

(36) V. Merlin Repertoire vol. IV. pag. 910.

(37) Sirey Recueil tom. VIII. pag. 24.

Anzi si andò tosto più oltre, e si cercò di mostrare, che una vera non preordinata ubriachezza di grado sommo, non poteva colpirsi, anche a tenore delle leggi vigenti, con la pena ordinaria del delitto premeditato (39). L'opinione degli scrittori trapassò ben presto nelle corti di giustizia. Si giustificò, che l'ubriachezza era motivo sopprimente l'imputazione, anche secondo la volontà del codice penale, con l'affermare, che genera una demenza temporaria, e che l'art. 64. considera indistintamente ogni demenza, come capace di produrre l'indicato effetto giuridico (40). Laonde non è meraviglia, se da alcuni anni i giurati riconoscono l'ubriachezza come causa, che sopprime l'imputazione, e pronunziano il *non coupable*. E, siccome i giurati non rendon ragione delle loro sentenze, le assoluzioni son divenute più facili. Nella qual cosa è da deplorare, che l'idea della così detta onnipotenza del *giurì* non di rado induce in errore i giurati, ed il loro desiderio di allontanare dall'accusato la troppo severa pena ordinaria della legge, li porti a pronunziare il *non coupable*, anche quando egli avrebbe meritato la pena della *culpa* (41).

Nelle più recenti legislazioni ancora si trova una gran differenza di principj intorno all'ubriachezza. Il progetto di codice penale pei Paesi Bassi, fatto nel 1827, dichiara nell'art. 33. che l'ubriachezza casuale, o involontaria, mitiga, o sopprime la pena; che all'opposto la premeditata, o volontaria, non dee liberare dalla pe-

(39) Dufour Themis, ou bibliothèque du jurisconsulte, tom. I. livrais. II. p. 108.

(40) Collmann Dottrina del diritto penale §. 103. — Ardesch ad articulum 64. Cod. poenalis p. 33-37.

(41) Mittermaier scriveva questa dissertazione avanti che in Francia fosse promulgata la legge, che rimette nell'arbitrio dei giurati la valutazione delle circostanze attenuanti.

na. Nel progetto riveduto di Baviera del 1827, sono conservate nell' art. 57. le parole dell' art. 121. del codice penale del 1813: solamente è stata omessa la parola *incolpevole*. Al contrario il progetto di Strombeck (38) non nomina specialmente l' ubriachezza, ma parla di un temporario stato incolpevole di totale scompiglio di sensi, o di ragionevolezza manchevole. Il progetto annoverese contiene nell' art. 99. le parole del codice penale bavaro, ma espressamente soggiugne « *segnatamente nel caso di sommo grado di ubriachezza incolpevole* »: e poscia nell' art. 109. num. 6. pone l' ubriachezza in genere fra le cause diminuenti la pena. Il progetto di Zurigo, del 1829, dichiara nell' art. 159, che chiunque nello stato di somma ubriachezza incolpevole violi il diritto, sia punito come un minore. Il codice penale di Lucerna, del 1827, riconosce al §. 3. l' ubriachezza incolpevole, come causa di sopprimer la pena.

§. 5.

Principio per giudicare dell' imputazione dei casi d' ubriachezza.

Sarebbe impossibile sodisfare alle esigenze della scienza, se si volessero notomizzare i singoli casi possibili dell' ubriachezza nei delitti, e si pretendesse di adattare a ciascuno la regola conveniente. Se si cerca un principio, che sia facilmente applicabile a tutti i casi, esso non può essere che quello dell' imputazione in genere, e perciò ancora dell' imputazione dell' ubriachezza. Adesso uno si convince a poco a poco, che con l' aver

(38) Progetto di un codice penale per uno Stato germanico settentrionale art. 120.

piantato il principio della libertà non si è fatto profitto di sorta (42). Per vero dire è giusto, che si debba presupporre la libertà, come la facultà fondamentale dell'anima in ogni imputazione, in quanto che l'imputazione non sarebbe possibile senza libertà: ma per tal modo non si dà al giudice alcun principio, che gl'insegni a conoscere di qual natura esser debba lo stato dell'agente imputabile. Imperocchè ogni delinquente è libero, e per propria colpa ed elezione si trovò in quella disposizione di spirito, nella quale scelse il delitto, qual mezzo di sodisfare al suo desiderio. Anche il totalmente ubriaco è caduto liberamente nello stato d'ubriachezza; avvegnachè potesse evitarlo con la debita attenzione, e col fermo volere. Si profitta poco del pari, quando si vuol ricercare, se l'agente avesse l'uso dell'intelletto, o secondo altri, della ragione; perocchè senza parlare della indeterminazione di queste espressioni, usate in sensi diversi, non riesce di afferrare nulla di fermo, e di chiaramente riconoscibile, allorchè si domanda, se l'ebbro aveva l'uso dell'intelletto, o della ragione. Molto meglio è limitarsi nell'imputazione a guardare, se l'agente, nel momento in cui operò, avesse la coscienza di sè stesso, dell'azione commessa, delle sue conseguenze, e della sua relazion con la legge. Ognorachè in fatti venga meno questa coscienza, l'inputazione sparisce. La legge vuole imputato ogni agente, che conobbe nel suo effetto ciò che voleva eseguire, ed era in istato di paragonare l'atto con le disposizioni di lei; imperocchè, quando concorrono sì fatte condizioni, l'agente poteva astenersi dall'azione, a motivo dell'illecito interno di essa, e della proibizione legale, da lui cono-

(42) **Weber** Antropologia, pag. 294. — **Clarus** Sussidj per conoscere e giudicare gli stati dubbiosi dell'animo, pag. 8-19.

sciuta; e, se non di meno operò, venne a mostrare, che *volle* commettere l'atto, che riconobbe siccome illecito. Or lo stato di somma ubriachezza sopprime questa coscienza, che forma la condizione dell'imputazione. Mediante la virtù fisiologica dell'ubriachezza sull'organismo, e mediante il più forte bollore del sangue; l'attività dei nervi, che si presenta nello stato normale, si sconcerta, la serie ordinaria delle idee s'interrompe, la coscienza del mondo esteriore si oscura. Quelle rappresentazioni ed imagini, la cui mancanza di realità indicherebbe nello stato di sobrietà la tranquilla considerazione del mondo esteriore, divengono prepotenti nell'ebbro; e la fantasia sfrenata communica al riflusso di queste rappresentazioni, che sorgono nell'anima sua come sogni, una forza che impedisce la efficacia delle idee ordinarie, produce uno scompiglio di sensi, ond'egli rimane aggirato dalle proprie illusioni, e nel medesimo tempo trasfonde ne' desiderj, in esso eccitati dalla massa delle imagini eccentriche, una potenza, di fronte alla quale rimangono inferme le dissuasioni della ragione. L'ubriaco perde la coscienza del mondo esteriore: vede nel caro amico un fiero avversario; in ogni moto innocente altrui, crede di leggere una minaccia; non sa più confrontar con la legge quello che vuole, perchè ogni voce della ragione si è fatta muta per lui; frequentemente non conosce più quel che fa, e non è responsabile del fatto proprio, perchè opera senza coscienza.

Quando all'incontro si vuole asserire, che l'ubriaco sempre liberamente e per propria colpa cade in quello stato pericoloso; che durante questo la coscienza esiste, tuttochè un poco turbata; che l'ubriachezza è punibile di per sè stessa, onde non può cagionare l'impunità del delitto, nel tempo di quella commesso; si fa un ragionamento, che si appoggia su molte confusioni.

Primieramente si confonde la quistione « *se l' ubriachezza debba punirsi per sè* » con la quistione « *se l'atto, commesso in simile stato, possa soggiacere a una pena* ». Alla prima si può rispondere affermativamente, in quanto si tratti di una pena di polizia, da minacciarsi a quella ubriachezza, che si manifesti con pubblico scandalo (43). Alla seconda quistione all' opposto non si può replicare affermativamente senza varie distinzioni. a) Si danno dei casi, ne' quali il delitto, commesso nell' ubriachezza, è immeritevole di pena, perchè non è dato ammettere imputazione di sorta: b) se ne danno altri, ne' quali il delitto, eseguito in simile stato, può imputarsi solamente a *culpa*: c) si presentano finalmente dei casi, in cui l' ubriachezza non impedisce l' applicazione della intiera pena, comminata al delitto, che si prende di mira. Quanto sieno giuste distinzioni si fatte, si proverà più esattamente nel corso di questa disamina. Non si può all' opposto asserire, che o g n i ubriachezza sia uno stato colpevole, e perciò si debba sottoporre alla pena ordinaria; imperocchè si dimostrerà agevolmente più sotto, che in moltissimi casi l' ubriachezza può credersi affatto innocente, e che ancora in altri, in cui la medesima fu colpevolmente contratta, non può dirsi che l' ubriaco prevedesse e bramasse il delitto, commesso in quello stato. Ma quand' anche l' ebbro non si debba assolvere dal rimprovero della *culpa*, non ne seguita, che si possa considerare come un delinquente volontario, che avesse formato il malvagio proposito del delitto, che gli avvenne di commettere nella ubriachezza. In fatti nell' ubriachez-

(43) Gran differenza intercede fra chi si ubriaca nella sua stanza, e rimane in casa a smaltire il vino col sonno, e chi serpeggia ubriaco per la pubblica strada, mostra un aspetto stomachevole, ed offende i passeggieri.

za cessa la coscienza di ciò che si fa: e prima che l'ubriachezza sopravvenga, l'uomo non conosce ordinariamente l'estensione delle sequele di essa; non sa, che il godimento smoderato di spiritose bevande lo inciterà a delinquere. Egli dee certamente far uso della sua circospezione in tutte le circostanze della vita, e perciò ancora nel momento, in cui l'ubriachezza a poco a poco sopravviene: ma non si può parlare di un proposito imputabile sotto il rispetto che il bevitore dovrebbe desistere dal bere quando sente l'avvicinarsi della ubriachezza; perchè, se s'interroga l'esperienza, facilmente si vede, che non v'è alcun passo, onde il bevitore sia fatto sicuramente avvertito della sua transizione imminente a quello stato. Un bicchiere di più tramuta in appassionata la disposizione gioconda del bevitore: e ciò accade tanto inopinatamente, che non può riputarsi, ch'egli vi abbia veramente assentito (44).

Quindi non è giusta neppure l'opinione di Escher, che vuole applicata al delitto, commesso nell'ubriachezza, la pena del *dolus*, perchè, se l'ubriaco non fu impotente a commettere il delitto, gli si potè presentare, in virtù dell'abituale associazion delle idee, l'imagine della pena. Imperocchè, se si considera lo stato d'ubriachezza, si riconosce, che il medesimo consiste, o in una total confusione di sensi, o in una tal disposizione di corpo, che in quel morboso eccitamento del sistema muscolare e nervoso trascina irresistibilmente l'ebbro ad azioni violente, o in uno stato simile alla demenza, nel quale le imagini si presentano alla fantasia con tanto urto di passione, che l'intelletto è impotente ad accorgersi dell'inganno, e ad impedire all'agente di operare a tenor dell'idea, ch'ei ritiene per vera. In

(44) Rossi Traité de droit pénal, vol. II. pag. 188.

veruno di questi tre stati si può affermare, che proseguano a spiegare la loro efficacia le idee della pena; poichè nel primo viene a mancare ogni chiarezza d'imagini; nel secondo la ragione è troppo debole per frenare quell'eccitamento morboso, che è connesso con una maggiore o minor confusione di sensi; e nel terzo la imputazione svanisce, appunto come nelle azioni del pazzo. Quindi dall'aver l'ubriaco la potenza di commettere il delitto non si può in alcuna maniera dedurre la sua imputabilità; perchè i modi di operare dell'ebbro sono simili a quelli del furioso, o del maniaco, o del vaneggiante.

Si è di frequente affermato a torto, che il delitto, eseguito nell'ubriachezza, debba esser parificato a quello, commesso nell'impeto dell'affetto. Se in fatti si mettono a paragone questi due stati, si scorge tosto, che l'affetto ha una causa interna, e l'ubriachezza, una causa esterna (45). L'impetuoso ha ceduto ai suoi sentimenti procellosi, ed ha rilasciato ai medesimi sulla propria vita quel predominio, che infievolisce o distrugge le idee sconsigliatrici della legge. L'iracondo, che pure avrebbe potuto combattere i primi eccitamenti delle sue bollenti passioni, è caduto per sua colpa nello stato di affetto; perocchè ogni affetto ha più o meno la sua radice nel desiderj, o nelle passioni anteriori, ed il delitto commesso in quel tempo è sempre la conseguenza di motivi d'egoismo, più o meno chiaramente avvertiti. L'iracondo uccide il proprio nemico, che lo aveva ingiuriato; onde l'ira è qui preceduta da circostanze, che stimolarono al delitto, e che nell'animo dell'agente contrastarono con le idee dell'illecito naturale e giuridico. L'ubriaco all'incontro opera d'ordinario senza relazione ai fatti, che

(45) Rossi l. c. p. 139.

precederono il suo stato: egli uccide l' amico migliore, che vuol impedire lo sfogo del suo furore. Sull' agente nell' impeto degli affetti cade sempre il rimprovero di un demerito, perchè la passione in quel caso eccitata non è che la conseguenza della precedente disposizione dell' animo suo, per la quale perdè la signoria di sè stesso; egli è ancora più degno di rimprovero, perchè conosceva la propria iracondia, e sapeva le conseguenze dell' ira, volta per natura a nuocere a coloro, che ci offendono: mentre l' ubriachezza può essere affatto incolpevole, come quando s' ignori la proprietà inebriante d' una bevanda, e non spinge di per sè stessa al delitto, avvegnachè non sia raro trovare dei larghi bevitori, che conservano la massima serenità, e di quelli, che, instruiti dalla propria esperienza, sanno, che la loro ubriachezza è tranquilla ed innocua, e la riguardano come uno stato del tutto indifferente. Nè si può nemmeno affermare, che il bevitore non avrebbe dovuto bere; perchè il bere non è illecito in sè, ed il soverchio bere è sovente l' effetto di un eccesso momentaneo, e di circostanze straordinarie, ignote al bevitore. Anzi l' ubriachezza medesima suol nascere da uno stato di maggiore allegria, e di festività compagnevole, che in sè stesso non merita biasimo.

Dallo stesso confronto apparisce, che nell' affetto la coscienza persevera sempre, quantunque turbata; che l' agente conosce il suo atto, e le conseguenze di esso, e sente la voce sconsigliatrice della legge: mentre l' ebbro non sa quel che fa, e si ritrova in uno stato analogo a quello scompiglio di spirito, che esclude l' imputazione.

Da queste considerazioni si rileva, che manca di base l' opinion di coloro, i quali vogliono imputare e punire il delitto commesso nell' ubriachezza, come quello eseguito nello stato di sobrietà.

§. 6.

Valutazione delle diverse specie d' ubriachezza.

A fine di valutar giustamente i singoli casi, in cui viene addotta l' ubriachezza dell' agente come motivo di discolpa, fa d' uopo aver riguardo I. ai diversi gradi dell' ubriachezza medesima, II. al modo ond' ella è nata, III. alla specie del commesso delitto, IV. all' individualità dell' agente.

I. Per quello, che riguarda i gradi, si è modernamente cercato di descrivere accuratamente i diversi periodi dell' ubriachezza (46), e si è tentato, seguitando le differenze somministrate dall' uso della lingua, di significare i diversi gradi di quello stato con le voci *alterazione*, *ebbrezza*, *ubriachezza* (47). Ma ora lo sforzo di divider la vita nella indefinita esuberanza delle sue combinazioni, cioè tutti i casi possibili, in certe classi ricisamente determinate, è giustamente deriso; chè i singoli gradi rientrano l' uno nell' altro, e sarà sempre cosa arbitraria l' ammettere in un dato caso il primo, o il secondo grado di ubriachezza. Non si può inoltre negare, che il temperamento del bevitore eserciterà un' influenza nella valutazione di questi gradi. Il violento e l' iracondo, trovandosi in quell' infimo grado d' ubriachezza, il quale non fa che aumentare la giocondità del pacifico e del mansueto, è già in preda ad una passione veemente, e bisogna giudicarlo come un ubriaco di secondo grado.

Nella graduazione dell' ubriachezza la cosa più giu-

(46) Hoffbauer psicologia applicata all' amministrazione della giustizia p. 276.

(47) Heinroth compendio degli sconcerti della vita animale tom. II. p. 272.

sta è quella di aver riguardo alla specie di alterazione, sofferta dalla coscienza, e, in quanto ciò non sia contrario allo scopo prefisso, distinguere tre gradi in generale, come punti di pausa. — L'infimo grado è quello in cui la bevanda usata non fa che accelerare la circolazione del sangue, ed esaltare l'attività nervosa, senza menomamente alterare la chiara coscienza dell'azione, del suo carattere illecito, e della sua penalità. L'ebbro d'infimo grado è solamente più giocondo e più eccitabile che d'ordinario: ma le potenze del suo spirito si trovano nel loro equilibrio normale, e l'uso dell'intelletto non è indebolito. Quindi l'imputazione non resta in tal caso modificata più che in colui, che all'annunzio di una lieta novella commette nell'impeto della gioja un tratto di leggerezza o di temerità. — Nell'ubriachezza di secondo grado la più forte veemenza del sangue e il conseguente esaltamento della nervosa eccitabilità, innalzano il sentimento al grado di affetto: la fantasia prende il di sopra, e presenta all'ubriaco imagini diverse dalle reali: la cresciuta irritabilità conturba la chiarezza della coscienza, la quale per altro non rimane affatto abolita. Questo grado vien contrassegnato da manifestazioni ed azioni, che recan sorpresa, perchè non si sogliono notare in quell'individuo, quando egli è sobrio: si scorge per altro, che egli è ancor padrone de' suoi movimenti, e tutta la sua condotta dimostra, che sa quel che fa. Non si può quindi parlare d'imputazione soppressa: ma a motivo di coscienza turbata ed offuscata si giustifica una mitigazione di pena nei delitti, in simile stato commessi. — L'ubbriachezza al contrario di grado supremo è contrassegnata da una tal soppressione o confusione di coscienza, che l'ubriaco non sa più quel che fa; ignora le conseguenze della sua azione, e la relazione di questa con la legge. In un ebbro

sì fatto tutte le imagini ondeggiano nella fantasia, come nel sognante, o certe idee, che s' impadroniscono dello spirito, acquistano una forza, che non permette più di conoscere la loro falsità: ed in quell' eccitamento di nervi, in quella confusione di sensi, prodotta dalla pressione, che fa il sangue sul cerebro, ed in quella irritabilità, sorgono desiderj feroci, dei quali l' ubriaco conosce tanto poco l' illecito, quanto poco la sua ragione ha la potestà di frenarli. Qui, rispetto al particolare delitto, commesso dall' ubriaco, sparisce l' imputazione, perchè manca la coscienza, condizione di essa. Solamente faremo notare, che lo stato di molti ubriachi di questo grado supremo è sì fatto, che spesso nelle loro violente, o delittuose azioni, mostrano una connessione, una specie di conformità ad un piano già disegnato, la quale fa credere, che abbiano l' uso del loro intelletto: mentre, considerando più esattamente la cosa, fa d' uopo ammettere anche in tal caso una piena impunità; perocchè talora una certa idea preoccupa lo spirito, come accade nel pazzo, e l' ubriaco opera, tenendola per vera; talora una brama morbosamente eccitata stimola tanto irresistibilmente l' ubriaco, che l' atto, ond' ei la sodisfa, sembra corrispondente ad un piano; eppure egli opera in una tal confusione, che non ravvisa l' illecito del suo fatto.

II. Rispetto al modo, in cui nasce l' ubriachezza, si possono stabilire le distinzioni seguenti. Può esservi chi si ubriachi 1) premeditatamente, per commettere in quello stato un delitto; 2) senza intenzione d' ubriacarsi, e senza credere di poter cadere nella ubriachezza; 3) senza volontà d' ubriacarsi, e senza relazione a un delitto da commettersi in quello stato, ma potendo preveder facilmente, che nelle circostanze esistenti si sarebbe ubriacato. Le conseguenze giuridiche di queste distinzioni saranno esaminate più sotto.

III. Quanto alla specie dei delitti, che si commettono nell' ubriachezza, noi distinguiamo 1) quelli, che richiedono una determinata preparazione, un complesso di atti corrispondenti ad un piano, che sono contrassegnati da uno scopo d' egoismo, e che non si posson creder commessi senza riflessione; come per esempio il furto, e la falsità: 2) quelli, che consistono in certe manifestazioni, che esprimon pericolo, o interna depravazione di sentimenti, o direzione ad offendere altrui, come per esempio le ingiurie, la bestemmia, le parole sediziose: 3) quelli, che consistendo in azioni violente si commettono nella effervescenza dell' affetto.

Nei delitti della prima specie non si può di leggieri ammettere l' esistenza d' una ubriachezza di sommo grado; perchè la riflessione, che è propria del delitto, non si può conciliare col difetto di coscienza. Quivi potrà piuttosto venire in quistione l' ubriachezza di secondo grado: ma ancora in tal caso dovrà considerarsi assai bene la intiera condotta del delinquente. Chi ruba col proposito di rubare, e sa che la cosa non è sua, non va libero dalla pena, ancorchè l' ubriachezza di primo, o di secondo grado, aumentasse il suo coraggio, o maggiormente accendesse il suo desiderio, tostochè la sua condotta successiva, cioè l' omissione di restituzion della cosa, smaltita che sia l' ubriachezza, dimostri, che l' *animus lucri faciendi* esisteva, o sopraggiunse. All' opposto l' ubriachezza si considera, quando l' ubriaco di sommo grado invola una cosa altrui, senza saper quel che fa, o senza saper che la cosa appartenga ad altri; quando ricusa di renderla, finchè rimane ubriaco, ed appena ritorna in sè stesso, e si accorge del proprio errore, dimostra con la restituzione di essa, che non aveva intenzione di fare ingiusto guadagno.

Nei delitti della seconda specie sparisce qualsivo-

glia imputazione, comecchè senza coscienza anche la direzione delittuosa della volontà, per esempio l' *animus injuriandi*, sia del tutto impossibile: e le verbali manifestazioni dell' ubriaco si presentano come effetti involontarj, che nella bocca di lui, del quale si riconosce lo stato da ognuno, non contengono offesa. Se non che decideranno anche qui le relazioni personali precedenti (come se l' ubriaco avesse ingiuriato il proprio nemico) e la condotta successiva (come se rientrato in sè stesso, e venuto a risapere le parole, da lui scagliate, rifiutasse, richiesto, di ritrattare le ingiurie).

Nei delitti della terza specie la somma ubriachezza produrrà massimamente l' effetto di escludere la premeditazione in un fatto, che, se fosse stato commesso da un agente non avvinazzato, si punirebbe come omicidio o ferimento doloso, e farà, che si possa punire, o come commesso nell' impeto degli affetti, o secondo i principj della *culpa* (48).

IV. L' individualità dell' agente si considera a) in quanto che egli sia un uomo, che in genere apparisca inchinato a delinquere, e che delinqua ad ogni menoma occasione, all' opposto di ciò che fa una persona affatto intemerata, e retta; b) in quanto che uno sia generalmente un beone, e conosca perciò le conseguenze dell' ubriachezza; c) in quanto l' ubriaco, mentre l' ubriachezza indica ancora la continuazione della coscienza, coi mezzi, che scelse, con la corrispondenza della sua azione ad un piano, con le qualità delle preparazioni fatte nel primo grado del suo stato, dimostri, che seppe ciò che fece, e che ebbe coscienza delle idee scon-

(48) In certi delitti la specie dell' azione commessa dall' ubriaco è tale, che esclude l' esistenza della somma ubriachezza. Ciò avviene quando il delitto (per esempio la violenza in femmina) richiede certe fisiche proprietà, che mancano all' ubriaco.

sigliatrici; d) in quanto l'ubriaco sia stato ammonito ancora in tempo al principio del suo delitto, e quindi abbia avuto modo di ravvisare l' illecito del suo intraprendimento.

§. 7.

Ubriachezza colpevole.

Le avvertenze fatte nel §. 3. mostrano, che l' imputare a *culpa* il delitto commesso nel sommo grado di ubriachezza, non contratta premeditatamente, quando speciali ragioni non allontanino anche il rimprovero della *culpa*, si può considerare come corrispondente alla forense consuetudine germanica (49). Per la verità di questo principio militano delle ragioni anche interne, dedotte dall'essenza dell' imputazione. L' ubriaco infatti si trova nella situazion di colui, che, senza intenzion di delinquere, si pone nel pericolo, che avrebbe potuto e dovuto evitare, di commettere un delitto. Come imputiamo a *culpa* il fatto delittuoso di colui, che va col lume acceso in una capanna di fieno, e vi si addormenta, o che sgrilletta scherzevolmente contro alcuno lo schioppo senza sapere, se era carico; come imputiamo a *culpa* la morte del bambino alla donna, che nascose la sua gravidanza, e si espose a partorire senza soccorso; per la stessa ragione il rimprovero della *culpa* cade ancora sull' ubriaco, se commette un delitto in quello stato, che avrebbe dovuto evitare. Egli in fatti doveva sapere per notoria esperienza, che gli ubriachi non sono più padroni di sè, e che vengono trascinati loro mal

(49) Quistorp Principj fondamentali §. 95. — Meister *Principia* §. 117.

grado a commettere azioni, dalle quali si sarebbero astenuti nello stato di sobrietà.

Quando Tittmann (50) osserva, che non si può in simili casi trattare di colpevolezza, e che anzi ogni ebrietà, prodotta senza intenzione, non si deve imputare, perchè il delitto commesso non stava in connessione con l'attività violatrice del dritto; non si può andare nella sua sentenza. Imperocchè la connessione esiste benissimo in una guisa mediata (51), in quanto che la disposizione della volontà, ond' è prodotto il delitto, è la conseguenza dell' eccitamento, che nasce dall' ebrietà, e l'ebbro doveva sapere, che il bere soverchio lo avrebbe gettato in uno stato pericoloso alla salvezza degli altri. La difficoltà sta solamente nel determinare, quale ubriachezza debba considerarsi come colpevole.

Si è sovente affermato, che ogni ubriachezza, ancorchè contratta senza proposito di delinquere, sia elettiva e conseguentemente colpevole; perchè l'ebbro elesse volontariamente il mezzo, per cui s' inebbriò, e perchè nascendo ogni ubriachezza a poco a poco, ed a gradi, egli avrebbe potuto, cessando in tempo dal bere, sottrarsi ai pericoli ulteriori. Ma fa d'uopo riflettere, che rispetto alle conseguenze del bere non si può fissare alcun principio assoluto; che certuni, dopo aver bevuto trenta bicchieri, rimangono schietti e assennati, mentre la terza parte di quei bicchieri inebbria altre persone; che inoltre la condotta del bevitore è di maniere differentissime, avvegnachè uno smaltisca tranquillamente col sonno la massima ubriachezza, un altro diverta i circostanti con gli scherzi, un terzo al contrario entri in una furia distruggitrice. Occorre ancora osservare, che le conseguen-

(50) Compendio della scienza del diritto penale, parte I. p. 168.

(51) Feuerbach Compendio di diritto criminale ediz. decima §. 57.

ze dell' ubriachezza dipendono assai da casuali circostanze secondarie; che la disposizione dell'ubriaco al delitto nasce in qualche giorno da morbose affezioni, da motteggi e da contradizioni sofferte, da rapido passaggio all' aria libera; mentre in altri giorni, ed in altre circostanze la medesima dose di spiritosa bevanda lo fa rimanere intieramente innocuo. Non si può dunque affermare, che ogni ubriachezza sia colpevole, perchè il bevitore doveva sapere, che si poteva ubriacare.

Secondo un' altra opinione (52), per giudicare, se l' ubriachezza è colpevole, non dee farsi altro che osservare, se il bevitore nel giorno, in cui commise il delitto, bevve oltre misura. E noi ne andiamo d' accordo, purchè ciò s' intenda, che si debba vedere, se l' ubriaco in quel giorno bevve di più di quel che era solito bere senza ubriacarsi. Per lo che di colui, che è solito bere giornalmente otto bicchieri di birra, senz' altro effetto che quello di divenir più giocondo, e perciò senza perdere la propria coscienza, non si può affermare, che abbia contratto una ubriachezza colpevole, se, bevuta una volta quella medesima dose, cadde in virtù di casuali circostanze, tutte particolari di un dato giorno, in una alterazione grandissima. È manifesto, che l' esistenza della colpevolezza dee giudicarsi secondo l' individualità della persona. Chi fa quello che è solito fare, quando ciò non è illecito in sè, non è affatto colpevole; perchè non potea prevedere d' ubriacarsi, nè di doventare pericoloso agli altri. Ma tostochè uno beve più del suo solito, come se abituato a sei bicchieri, senza divenirne alterato, ne beve un giorno sette, od otto; il delitto nell' ubriachezza commesso deve imputarglisi a *culpa*. Imperocchè, se non serbò la consueta misura, non

(52) Feuerbach Esposizione II. pag. 607.

ha scusa, e diventa simile ad ogn' altro bevitore, che doveva e poteva sapere, che le spiritose bevande smoderatamente usate ubriacano.

Trasmodano per altra parte coloro, che dichiarano incolpevole l'ubriachezza di quello, che è abituato a forti bevande, e ne rimane alterato, ma nella sua ebrietà non attacca risse, e si conserva tranquillo e pacifico; perchè un individuo sì fatto si pone scientemente in uno stato pericoloso, nel quale sa di non aver più coscienza, e di non esser più padrone di sè medesimo. E la sua esperienza di non essere stato mai trasportato dalla propria ubriachezza a conseguenze infelici non vale a scolparlo; perocchè egli è del tutto simile a quello, che, confidando nella propria destrezza a tirare, scarica il colpo contro una fiera vicinissima ad un uomo, ed uccide per imprudenza l'uomo.

A fine dunque di determinare convenientemente l'esistenza della colpevolezza, occorre un esame, che per via di accurata indagine scopra 1) quanto l'ubriacato era solito bere, senza rimanere alterato; 2) come si conduceva, quando si abbandonava al gusto del bere, se cioè accattava facilmente brighe, o restava tranquillo; 3) se nel giorno, in cui l'ebbro commise il delitto, operarono su di lui particolari circostanze, per esempio un dispetto gagliardo, che lo eccitasse grandemente; 4) se in virtù di speciali irritazioni, e motteggi di altri, che forse desideravano di vederlo delinquere, il bevitore venne a poco a poco in quella disposizione, in cui commise il delitto; 5) se il delitto fu di tal maniera, che si debba dichiarare come conseguenza di certe illusioni sensuali, od imagini morbose, che nascono nella ubriachezza; 6) o se piuttosto avvenne per contemporanea dipendenza da morbose affezioni, e da uno stato congenere alla mania, nel quale fu prodotta una confu-

sione di sensi; 7) se il bevitore ebbe luogo di fare per lo innanzi su di sè stesso la trista esperienza della disposizione appassionata, in cui è stato gettato dall'ubriachezza; 8) se, prima che l'ubriachezza giugnesse al suo colmo, fu avvertito ed esortato da altri a non bere di più. Da questi diversi riguardi dovrà dipendere ancora il giudizio intorno al grado della *culpa*.

§. 8.

Della ubriachezza premeditatamente contratta.

Se il delinquente si ubriacò intenzionalmente a fine di allegare in seguito quella causa di discolpa, è giusto che il suo delitto venga punito come doloso. Imperocchè il malvagio proposito fu diretto al delitto, poco dopo eseguito, il quale apparisce quindi voluto: tanto più che in simili casi lo spirito, anche durante l'ubriachezza, si conserva sempre rivolto al delitto preso di mira. Onde si vede, che il bevitore risoluto di eseguire un delitto conserva sufficiente coscienza, può udire la voce sconsigliatrice della legge, e che per tutto questo è imputabile.

Ma rispetto ai principj, che debbono regolarne la punizione, le opinioni sono ancora divise. Il codice penale di Baviera all'art. 40. vuole, che nel caso sopraccennato si faccia luogo alla pena ordinaria (53). Oersted riconosce (54) per giusta una tal disposizione, mentre, quando l'agente, risoluto a delinquere, commetta il delitto nel grado supremo d'ubriachezza, Klein-

(53) Il progetto riveduto ripete nel §. 60. questa disposizione pel solo caso, in cui sia stato effettivamente eseguito il delitto preso di mira, e fa luogo altresì ad una diminuzione d'imputazione.

(54) Regole fondamentali di legislazion penale pag. 247.

schrod (55) e Stelzer (56) gli vogliono applicata una pena minore, perchè nel tempo del fatto fu incapace di usare della propria ragione. Stübel (57) esamina, se quegli, che s'ubriacò, eseguì precisamente il delitto, che aveva preso di mira, o ne commise un altro. Per profferire in proposito un retto giudizio, bisogna fare una più esatta distinzione di casi. Tutto dipende dall' osservare, se 1) uno avea risoluto di commettere un dato delitto, per esempio di uccider Cajo, e s'inebbriò per procurarsi ardimento, o per addurre dipoi il pretesto della ubbriachezza: o se 2) si trovò in generale in uno stato di grande irritazione, senza aver formato la risoluzion di delinquere, ma nella sua collera, eccitata per esempio da un' offesa ricevuta, bevve assai, ed ubriacato commise un delitto, del quale era già nata in lui la generale disposizione prima che divenisse ubriaco. Fa di mestieri ancora considerare 3) se, mentre l' ubriachezza a poco a poco sopravveniva, avesser luogo motivi, che in generale stimolassero l' ubriaco, e facessero scoppiare il delitto già risoluto. Uno, per esempio, avea l' intenzione di uccider la sera il proprio nemico, e bevve largamente per infondersi coraggio: dopo pranzo ricevè nuove offese da quello, e lo ammazzò incontanente. Importa ancora vedere 4) se il delitto, nell' ubriachezza commesso, fu diverso, pel genere, o per la specie, da quello anteriormente deliberato: come quando uno si fosse ubriacato ad oggetto di sforzare una donna, e poi da ubriaco l' avesse uccisa: o se 5) il delitto commesso nello stato di ebbrezza fu solamente di specie più grave di quello precedentemente deliberato:

(55) Sviluppo sistematico, parte I. pag. 224.

(56) Sopra la volontà, pag. 312.

(57) Appendice all' opera di Mittermaier sopra il più moderno stato della legislazion criminale pag. 40.

come se uno volesse ferir gravemente Tizio, si ubriacasse perciò, e poi lo uccidesse.

Per regolar la misura della pena occorre stabilire, se il delitto effettivamente commesso nell'ubriachezza dipendesse per modo da quello già risoluto, che si possa considerare come voluto di proposito, e che la risoluzione delittuosa, precedentemente formata, possa applicarsi al delitto eseguito. Or questo è ciò, che infallibilmente si verifica nel primo dei casi riferiti; onde noi non avremmo alcuna difficoltà a lasciare che in esso venisse applicata la pena ordinaria dell'omicidio premeditato. Nel secondo caso all'incontro non esisteva ancora alcuna determinata risoluzione delittuosa. Qui bisogna ammettere, che la sola ubriachezza innalzasse la interna procella al massimo grado: nè il delitto avvenuto può dirsi consumato con coscienza; perchè non vi era alcuna risoluzione formata, che potesse continuare a spiegare efficacia: l'affetto pervenne al suo massimo grado solamente in virtù della ubriachezza, e così potrebbe applicarsi la sola pena del delitto commesso nell'impeto, mitigata ancora in grazia dell'ubriachezza medesima. Lo stesso è da dire del terzo caso. Gli stimoli nati nell'ubriachezza hanno ricevuto dall'esaltazione dello stato fisico una forza tale, da generare il delitto. Noi sappiamo bene, che in questo caso il bevitore voleva delinquere, e che ha commesso un delitto: ma non sappiamo, se lo avrebbe realmente eseguito, dove non gli si fossero aggiunte nuove eccitazioni veementi; e, nel dubbio, il delitto accaduto non si dee riguardare premeditato. Nel caso addotto sotto num. 4, il delitto avvenuto si può solamente punire secondo i principj del §. 7., cioè come colposo; perchè la coscienza precedente si riferì ad un delitto affatto diverso, e la inclinazione a quello eseguito non fu generata che dall'eccita-

mento della ebrietà. All' opposto nel caso di num. 5 imputiamo il delitto eseguito, come voluto. Chiunque in fatti si serve di certi mezzi in un modo, onde può sapere, che proverranno conseguenze più o meno gravi, e si pone volontariamente in uno stato, in cui non è padrone di sè, e non sa più misurare con sicurezza la sua maniera d' agire, si mostra consenziente agli effetti più disastrosi della propria azione.

§. 9.

Ubriachezza impunita.

In conseguenza pel principio, per cui il delitto, commesso nello stato d' ubriachezza colpevole, ma non premeditatamente contratta, deve imputarsi a *culpa*, la pena sparisce affatto, ognorachè l' ubriachezza è incolpevole. Ora il rimprovero di colpevolezza si dissipa, 1) quando uno usa moderatamente, e senza alcuna maniera di eccesso, di quella dose ordinaria di bevanda, onde non suol restare ubriacato, eppure cade nello stato di somma ubriachezza, perchè altre persone, senza sua scienza, e contro sua volontà, hanno alterato la qualità della sustanza, mescolando per esempio nella medesima ingredienti inebrianti. Siccome il bevitore non seppe questa mistione, non potè nemmeno prevedere il sopravvenimento dell' ubriachezza, e quindi è fuor d' ogni colpa. 2) Accade lo stesso quando l' agente bevve sotto l' influenza di circostanze, delle quali non conobbe la straordinaria virtù inebriante. Tizio, per esempio, suol bere due bottiglie di vino senza rimanerne ubriaco. Egli entra in un tinaio, dove bolle il mosto, ed ivi beve due bottiglie di vino, che lo ubriacano, senza che potesse prevedere l' influenza del luogo. 3) Ancorchè uno abbia

bevuto oltre misura, e preveduto di divenire ubriaco, pure l'ubriachezza può comparire incolpevole, se preparò in modo le cose da prevenire per ogni parte i pericoli del proprio stato verso gli altri, e non ostante accidenti straordinarj, e da non prevedersi, resero vane quelle diligenze (58). Sarebbe questo il caso di colui, che, conoscendo la propria debolezza pel vino, ordina, prima di bere, al suo servitore, che lo racchiuda in una stanza appartata, appena lo scorgerà visibilmente ubriaco. Or se il servitore, visto ubriacato il padrone, va via, ed estranee persone si avvengono nell'ubriaco, con le quali attacca questi una rissa, e commette un omicidio, l'ubriachezza si dee dichiarare incolpevole; perchè il bevitore avea precedentemente fatto di tutto, per prevenire ogni sinistro successo, e il tristo fatto è accaduto contro la sua aspettazione, per colpa altrui. 4) L'ubriachezza può riguardarsi incolpevole, quando per la cooperazione di molte cause riunite, come di morbose affezioni, di speciale irritazione per parte altrui, di motteggi ec. la dose di bevanda, che in difetto di queste circostanze non avrebbe per niuna guisa generato l'ubriachezza, l'ha realmente prodotta. 5) Il rimprovero di colpevolezza può dissiparsi, allorchè l'ubriachezza sia partorita da malattia in una guisa, che sarà meglio esaminata più sotto.

§. 10.

Scadimento alcoolico.

Merita qui una menzione anche lo scadimento alcoolico, per cui intendiamo quello stato di fievolezza fisi-

(58) Stelzer sopra la volontà pag. 314.

co-morale, il quale nasce dall'uso intemperante di bevande spiritose e si conserva permanente. Questo stato si presenta, rispetto alle persone scadute, sotto una duplice considerazione: 1) in quanto le medesime si ubriachino realmente, e delinquano nella ubriachezza; 2) in quanto delinquano anche fuor dello stato di vera ubriachezza. Suole in fatti accadere, che l'uso abituale di forti bevande spiritose generi a poco a poco certi effetti durevoli sul corpo, e sull'attività spirituale, onde l'intemperante cade a gradi a gradi in uno stato d'insensibilità per le impressioni morali, e di morbose affezioni nel sistema nervoso: e da ciò nasce od un abbattimento morale, che si manifesta per mezzo di una grande ottusità, e non si scuote che momentaneamente, in virtù dell'uso effettivo di altre bevande, od una straordinaria irritabilità, che prorompe ad ogni benchè minima occasione, ed è frequentemente congiunta con una vera brutalità (59). Quindi sembra, che lo scaduto, anche quando non si è realmente abbandonato al bere, sia in uno stato innormale, che altera morbosamente l'attività del suo spirito. Testimoni intendenti di così fatte persone asseriscono, che esse si diportano diversamente dalle altre, che sono sconcertate, e che possono facilmente indurre in errore i tribunali. Inoltre è importante sapere dall'esperienza, che lo scaduto precipita più facilmente degli altri nello stato di compiuta ubriachezza (60), la quale di frequente assume un carattere più violento, e più pericoloso agli altri, e non di rado va congiunta, fino dal così detto secondo periodo dell'alterazione, con la soppressione della coscienza.

(59) Frotter, dell'ubriachezza, e della sua influenza sul corpo umano.

(60) Clarus l. c. p. 227.

Se noi applichiamo queste osservazioni all' imputazion del delitti, dovremo convenire nelle massime seguenti. 1) Il semplice scadimento alcoolico, senza effettiva ubriachezza, non può essere di per sè stesso un motivo per esimere affatto dalla pena, o per mitigarla; perchè il giudice nell' imputare dee guardare, che esista la coscienza dell' agente: e l' ottusità dello scaduto, o la sua maggiore irritabilità, non sopprime la coscienza di sè, nè delle proprie azioni, nè della loro opposizione alla legge. Inoltre lo stesso disaccordo morale, che nasce dallo scadimento alcoolico, e la più facile eccitabilità a delinquere, non è che una colpevole conseguenza dell' uso stemperato di bevande spiritose, e può avere tanta influenza sull' imputazione, quanta ve ne ha lo stato di colui, che per via d' immature dissolutezze sensuali pregiudicò al proprio corpo ed al proprio spirito. 2) Una sola eccezione può qui aver luogo, quando un vero sconcerto di spirito è già nato dallo scadimento alcoolico (§. 11.); o quando questo si congiugne con certe affezioni morbose dello spirito, le quali non si conoscono che nel loro sviluppamento; o quando affetti violenti, per esempio l' ira, influirono sull' agente, e quindi portarono al sommo lo stimolo ad una maniera di essere, che diminuisce grandemente la coscienza, nel qual caso può esser giusta una mitigazione di pena. 3) Se lo scaduto effettivamente si ubriaca, e in tale stato delinque, parla contro di lui la sua ubriachezza indubitabilmente colpevole, e la sua coscienza della facilità d' inebriarsi, e dei pericoli successivi. Ma qui fa d' uopo che il giudice faccia uso della massima prudenza. Siccome lo scaduto beve abitualmente, e quindi non considera lo stato d' ubriachezza come straordinario; siccome la sua coscienza è sovente indebolita, ond' ei non riconosce l' illecito della propria azione; siccome finalmente cade nel-

la massima ubriachezza più facilmente degli altri ancorchè beva poco; così lo scadimento alcoolico può essere in certi casi un motivo di abbassare considerabilmente il grado della colpevolezza, o anche di sopprimerla, in quanto che al bevitore non si possa rimproverare di aver soverchiamente bevuto.

§. 11.

Sconcerti di spirito connessi con la ubriachezza. — *Mania di bere* — Delirium tremens.

Nel paragrafo precedente noi abbiamo accennato, che mediante lo scadimento alcoolico può esser prodotto uno stato sommamente pregiudicevole al corpo e allo spirito.

I. Se questi effetti pertanto giungono al segno di abolir la coscienza, condizione dell'imputabilità, è giusto far valere lo sconcerto di spirito indi nato, come motivo di sopprimere l'imputazione. Ma non si può tacere, che è contraria a questo principio l'opinione di uno dei più solenni dottori in materia di psicologia giudiciaria. Heinroth (61) cerca in fatti di mostrare, che anche ogni sconcerto di spirito è colpevole, e che quindi il delitto commesso sotto l'influenza del medesimo, deve imputarsi a *culpa*. Heinroth parifica del tutto l'alienato di mente all'ubriaco: e siccome riconosce ogni alienazione come colpevole, così tanto maggiormente dichiara di riguardare come punibile colui, che per mezzo dello scadimento alcoolico passò allo stato di alienazione mentale. Ma noi non possiamo aderire a questa opinione; perchè quand'anche fosse vero, che tutte le

(61) Nel Giornale d'Hitzig fasc. XV. p. 136.

perturbazioni dello spirito fossero colpevoli, questa colpevolezza non sarebbe mai che morale, e non si potrebbe sicuramente dimostrare; perchè l'esperienza insegna, che una gran parte delle malattie dello spirito nasce da affezioni corporee; e perchè, anche quando si possono assegnare cause morali, non è permesso di attribuir totalmente la formazione della malattia ad uno stato peccaminoso e colpevole. Venendo ora all'ubriachezza, come causa di malattie dello spirito, si dee riflettere, che, sebbene in un delitto, commesso da un alienato di mente, si potesse dimostrare, che questi fu prima affetto da scadimento alcoolico, non si potrebbe per altro ammettere la colpevolezza *giuridica*, di cui è qui parola, ma solamente la morale; perchè non si può affermare, che il bevitore potesse positivamente prevedere, che il suo scadimento alcoolico lo renderebbe alla fine alienato di mente. Che la pazzia nasca dall'ubriachezza, è sempre una cosa straordinaria. Il bevitore vede centinaia di suoi conoscenti bere ogni giorno quanto lui: vede, che essi smaltiscono la loro alterazione, e poi stanno bene di nuovo. Il bevitore di molte contrade sa, che il suo avo, e il suo padre, si ubriacarono di frequente, e che giunsero non di meno ad una vecchiezza inoltrata senza cadere in alienazione mentale. Quindi non si può dire, che egli avesse potuto e dovuto prevedere di doventare alienato. Si può certamente dimostrare in qualche caso, che un'alienazione mentale sia derivata da precoce onanismo, o da altre sensuali dissolutezze: eppure non cade in mente a veruno d'imputare a *culpa* un delitto a sì fatti alienati, se per avventura il commettono. E le osservazioni mediche mostrano, che quand'anche lo scadimento alcoolico abbia per conseguenza l'alienazione mentale, esso per altro non è la causa unica della malattia, ma che questa è insieme l'effetto di molte altre affezioni e cause corporee.

Sebbene abbiamo finqui dichiarato immune da pena il delitto, commesso nell' alienazione mentale sopravvenuta allo scadimento alcoolico, riputiamo per altro opportuno ammonire i giudici a non lasciarsi ingannare da certi fatti, che spesso avvengono come conseguenze di esso. Nello scaduto s' incontra segnatamente assai spesso una straordinaria irritabilità, che qualche volta è stata chiamata dai medici irascibilità morbosa (*excandescentia furibunda*): in alcun altro si presentano dei sintomi spasmodici, e finalmente è frequentissimo il caso di osservare, come conseguenze dello scadimento alcoolico, le così dette allucinazioni, che si manifestano per via d' illusioni sensuali, come quando lo scaduto crede di ascoltar delle voci, e di vedere innanzi a sè degli oggetti, che non sono reali. Tutti questi stati non giungono a sopprimere l' imputazione; perchè o non sono che segni di morale tristezza, nella quale lo scaduto, anche nelle circostanze più semplici, si abbandona alle sue passioni; o non sono che morbose affezioni corporee, in cui per altro la coscienza dell' agente non rimane abolita. Bensì fa d' uopo distinguere due maniere di allucinazioni: vale a dire a) le illusioni de' sensi propriamente dette, conseguenze, esempigrazia, di malattie dell' organo dell' udito, o della vista; e b) le allucinazioni, che provengono da morborso eccitamento della fantasia (62). Nelle prime l' intelletto riman sempre abbastanza potente a distinguere la falsa opinione dalla verità; mentre le seconde compariscono come sintomi di alienazione già scoppiata, o come sicuri forieri di essa, e possono quindi sopprimere affatto l' imputazione, o grandemente scemarla.

(62) Esquirol dans les notes à la médecine légale d'Hoffbauer pag. 85.

II. Apparisce, essere una condizione morbosa la mania di bere, come quello stato, in cui il malato è stimolato da una bramosia irresistibile di dissetarsi. Di questa malattia si debbon distinguere diverse specie. 1) La mania di bere, che è nata qual conseguenza dello scadimento alcoolico, i cui effetti son giunti al massimo grado (63). Mediante la morbosa irritabilità dei nervi degli organi digestivi, e la difettosa qualità delle materie in essi separate, nasce una morbosa irritabilità, che vien contrassegnata da uno stimolo irresistibile di soccorrere con forti bevande all'esausta attività nervosa, e si manifesta abitualmente, o con pause, e periodicamente. Questa specie di mania è colpevole, e l'atto delittuoso in essa commesso può imputarsi a *culpa*. Ma, come abbiamo notato di sopra in proposito dello scadimento alcoolico, anche qui, ed a maggior ragione, la colpevolezza può tanto declinare, che non si faccia più luogo alla pena. La mania di bere per altro non si presenta come una vera perturbazione di spirito, che di per sè valga a sopprimere l'imputazione; avvegnachè non sia che uno stato morboso del corpo, e il malato conservi sempre la coscienza della sua azione. 2) È diversa quella mania di bere, che, senza avere alcuna connessione con lo scadimento alcoolico, si affaccia come conseguenza di un morboso sistema digestivo, e come patimento di stomaco, e si manifesta per mezzo di uno stimolo irresistibile a calmare con forti bevande l'ardor della sete. Sì fatti malati aborriscono nelle ore, in cui l'accesso non li punge, dalle forti bevande, e sono moderati e tranquilli: ma, come bevono, passano facilmente allo stato del massimo eccitamento. Qui non è alcuna colpevolezza: ed un tale stato assomiglia som-

(63) Clarus l. c. pag. 127.

mamente alla *mania sine delirio*, fortemente impugnata da molti.

III. Finalmente si parla ancora del *delirium tremens*, come di una forma particolare di malattia. Non si può dubitare, che in conseguenza dello scadimento alcoolico non possa nascere un delirio, o un furore, che ha per carattere il tremito del malato, onde ha ricevuto il nome: ma non si distingue dalle altre perturbazioni dello spirito, che a motivo della causa, o dell' occasione della malattia. Si è bensì trasmodato, quando si son voluti attribuire a *delirium tremens* dei casi di tremito spasmodico, non di rado connessi col semplice scadimento alcoolico, o con la manìa di bere, e queste sole convulsioni si sono volute addurre come prove di una perturbazione di spirito, che si trovasse nello scaduto. Pel criminalista tutto dipende dallo stabilire, se lo stato dello scaduto offre i caratteri di una vera perturbazione di spirito, che sia contrassegnata dalla soppressione della coscienza, o se non è che la conseguenza di patimento corporeo, che non sopprima la coscienza. Nel primo caso lo stato dell' agente toglie di mezzo l' imputazione: non così nel secondo; perchè le affezioni corporee, ancorchè influiscano sull' attività dello spirito, non sopprimono l' imputazione sino a che sì fatta influenza non acquisti tanto di forza, che la coscienza dell' agente ne rimanga abolita.

VII.

DEL SESSO FEMMINILE, CONSIDERATO RELATIVAMENTE AL DIRITTO ED ALLA LEGISLAZION CRIMINALE (DISSERTAZIONE DI *SPANGENBERG* ESTRATTA DAL TOMO VI. FASC. 1. E 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

Come avviene, che le leggi limitino da una parte i diritti civili delle donne rispetto alla loro persona, ed ai loro averi, che le dichiarino deboli ed impotenti a conoscere il proprio meglio, e perciò le abbiano poste sotto una perpetua tutela, od abbian creato per esse dei particolari benefizj giuridici; mentre dall' altra parte, quando si tratta di delitti e di pene, sembra che non facciano alcuna differenza fra il sesso femminile e il maschile, e che trattino l' uno e l' altro con la stessa misura? Una tale inconseguenza esiste veramente, od è soltanto apparente? Quella presupposizione del diritto civile ha ella una base, o riposa meramente sulle particolari vedute di chi la introdusse? E se avesse una ragione nel diritto civile, non dovrebbe averla ancora nel criminale? La risposta a queste domande dipende dallo stabilire, se nella natura del sesso femminile si presentino dei particolari, che non permettano di trattarlo in alcuni casi in faccia alla legge come il maschile. Sì fatta quistione rispetto a certe partite dello stato giuridico in generale è stata frequentemente sollevata, senza che le indagini instituite abbiano condotto a nulla di fermo.

Questa mancanza di risultato è certamente provenuta dalla grande generalità, nella quale è stata intrapresa la ricerca, e dallo strano spirito, con cui fu condotta. Nelle scritture innumerevoli, che su questo obietto si sono alternate, ora la sentenza è stata pronunziata dalla passione, dalla galanteria, dalle preconcette opinioni, e dalla sottigliezza dell'ingegno, mentre bisognava procedere unicamente con un esame tranquillo ed imparziale; ora hanno dominato le speculazioni metafisiche, mentre facea d'uopo contemplar solamente i fatti, che in realtà si presentano. Avvenne il primo caso, quando si pigliò a ricercare, se quei particolari, pognamochè se ne possano ravvisare, debbano stabilire una preferenza del sesso femminino sul mascolino, o viceversa del mascolino sul femminino. La qual quistione, principalmente dopo che nel 1529 il celebre Cornelio Agrippa di Nettesheim dedicò il suo trattato sulla preminenza delle donne (1) a Margherita d'Austria, è stata tante volte proposta, discussa, e decisa per questo sesso, o per quello, e così sovente derisa. Avvenne al contrario il secondo caso, quando si tolsero ad esaminare i

(1) *De nobilitate et excellentia feminei sexus*. Il Cujacio all'opposto (Obs. VI. 21.) negò, che le donne appartenessero al genere umano: quistione, che fu molto seriamente discussa anche nel Concilio di Maçon. Acidalius nel 1595 pubblicò una satira intitolata, *mulieres homines non esse*, alla quale rispose Simone Gedike dottore di teologia. Conf. Vogel Annal. Lips. ad an. 1595. Amendue gli opuscoli sono stampati insieme col titolo: *Disputatio perjucunda, qua anonymus probare nititur, mulieres homines non esse: cui apposita est Simonis Gedicci defensio sexus muliebris. Hagae Comitis* 1644 — V. anche Hommel *Literatura juris* — Conf. La femme genereuse, qui montre, que son sexe est plus noble, meilleur politique, plus vaillant, plus savant, plus vertueux, et plus économe, que celui des hommes. Paris 1643: e più recentemente Das andere Geschlecht, das bessere Geschlecht: eine Versuch zur richtigen Würdigung des andern Geschlechts. Berlin 1798.

diritti originali del genere umano, e si volle insistere sulla parità de' due sessi rispetto allo stato giuridico. E qui si cercò, tanto per via di spiritose sentenze, che di ragioni speculative, di fare opposizione al rimprovero della corporea e fisica debolezza del sesso femminino, la quale si allegava come solo motivo della sua inferiorità di stato giuridico. All'esistenza della debolezza corporea si è principalmente ingegnato di contraddire von Hippel (2), sebbene con semplici spiritose comparazioni: e quantunque la prova, che questo scrittore si è studiato di addurre contro la fisica debolezza del sesso femminino abbia il difetto d'un ragionamento troppo lussureggiante; pure gravissimi autori (3), dopo Platone, concordano nei punti essenziali con lui, che una tal debolezza non può metafisicamente esistere, che niuna differenza si può immaginare fra l'anima virile e la muliebre, e che la naturale disposizione a prendere, e a seguitare una determinata direzione, si trova del pari nello spirito della donna, ed in quello dell'uomo. Nel medesimo tempo si citarono i rari esempj di alcune donne che si sono distinte in certi rami di attività mentale, ne' quali si è comunemente esercitato il sesso maschile, e per tal modo si cercò di provare, che solamente le costumanze, e la qualità dell'educazione oppongono ostacoli al compiuto perfezionamento delle facoltà

(2) Del miglioramento civile delle donne. Berlino 1792. Fu suo precursore il libro intitolato: — De l'égalité des deux sexes, discours philosophique et moral, ou l'on voit l'importance de se defaire des préjugés. Paris 1673. L'autore sostenne il contrario in un altro libro: — De l'excellance des hommes, contre l'égalité des deux sexes. Paris 1675.

(3) Macaulay-Graham Letters on education 1790. — Mary Wolstonecraft Vindication of the rights of women 1792.— Weifsenborn Briefe über die bürgerl. Selbständigkeit der Weiber, Gotha 1806.

intellettuali muliebri: ed in tale occasione si esposero dei piani di una migliore educazione, che intendesse a render capaci le femmine di tutte, o quasi tutte le occupazioni, che si sono finqui considerate come una proprietà esclusiva del sesso maschile.

Se questa veduta fosse giusta e vera, non si potrebbe più parlare di un riguardo particolare delle leggi verso il sesso: ma qui si è smarrito di lungo tratto il punto di vista.

Si scorge facilmente quanto poca influenza possano avere sulla relazione del sesso femminile con la positiva legislazione quelle indagini metafisiche, e quella stessa esistenza di semplici disposizioni, che in proporzione dell'intiero sesso appariscono così di rado intieramente sviluppate. Ove ciò si voglia convenientemente investigare e determinare, primieramente non si può far parola di pretesi diritti originali, e di una parità metafisica; avvegnachè ben pochi di questi diritti si possono esercitare nella relazione dell'uomo con lo Stato, e molto varia sia la indispensabile limitazione di essi in grazia della loro scambievole collisione, e del riguardo dovuto al bene di tutti i cittadini. E in secondo luogo si può attender ben poco a semplici disposizioni naturali, che non sieno proporzionatamente e generalmente sviluppate; perchè la positiva legislazione non prende di mira ciò che è metafisicamente possibile e raro, ma quello che si presenta come reale, e che suole d'ordinario avvenire.

Amendue i sessi, come spettanti alla specie umana, cioè come esseri razionali, sono certamente eguali fra loro, in quanto debbono essere regolati solamente dalla loro ragione. Ma l'essere razionale nel mondo dei sensi dipende ancora dal corpo, e da molte altre cose, ed è così suscettivo di parecchie varietà e diseguaglianze, che

sono prodotte o determinate da quelle circostanze. Il sesso, l'età, la salute influiscono sulla potenza dell'animo, quanto l'educazione, i costumi, le consuetudini: e perciò tutte queste cose debbono porsi in bilancia per determinare lo stato giuridico di ogni membro della città.

Se quindi la positiva legislazione dee contemplare la condizione del sesso femminile, qual si presenta in virtù della sua particolare natura, o dei costumi e delle consuetudini universalmente predominanti, e prescindendo da alcune rare eccezioni; se dee considerar questo sesso nello stato, in cui generalmente si trova, o dipenda da effettive proprietà naturali, o da educazione, da usanze, e da relazioni civili; se dee ammettere per questo sesso una conveniente relazione giuridica, senza volere acutamente discernere ciò che in esso proviene da semplice disposizion naturale, o dalle conseguenze dell'educazione e delle ragioni civili (il che sarebbe a distinguersi mirabilmente difficile); sembra, che quella veduta, desunta dalla metafisica, e dalle semplici disposizioni asserite, sia assolutamente insufficiente a risolvere il problema proposto di sopra, e che abbiano colpito nel segno i pensatori imparziali, che l'hanno così giudicata (4).

Alla quistione proposta non si può sodisfare, che mediante un'esposizione comparativa delle proprietà del sesso muliebre, la quale consideri in generale, e senza occuparsi delle rare eccezioni, tanto la conformazione del corpo della donna, quanto le manifestazioni delle sue attitudini intellettuali: e rispetto a queste sarà necessario contemplare ad un tempo la direzione, che hanno preso in virtù della educazione, dei costumi, e delle re-

(4) G. F. Brandes Considerazioni sopra il sesso femminile, ed il suo perfezionamento nella vita sociale, Hannover 1802. 3. vol. 8.

lazioni civili; perchè chi volesse trascurar questo punto si avvilupperebbe di bel nuovo nelle speculazioni metafisiche.

Che il corpo della donna presenti molte diversità da quello dell'uomo, basta a provarlo anche uno sguardo fugace. Ma l'anatomia ne insegna molte altre, le quali si presentano chiaramente al tempo della piena maturità, ed appariscono come altrettanti contrapposti alla natura virile (5).

Anche indipendentemente dalle differenze sessuali (6), le ossa del corpo muliebre sono molto più rotonde, più molli, e più bianche di quelle virili; le lunghe molto più svelte; le piane, molto più sottili: e tutte in generale, sono molto più levigate di quelle dell'uomo (7).

I muscoli sono molto più sottili, deboli, e lenti, e i loro filamenti più flessibili, umidi, e soffici. Generalmente i muscoli della donna non sporgono molto in fuori: le loro elevazioni più venuste, che forti, non compariscono alla superficie in quella forma di aspre e scabrose convessità, che quasi ricopron di solchi il corpo dell'uomo (8).

I nervi ed anche il cervello sono in proporzione più piccoli: e quelli sono più molli, e i loro capi molto più tenui dei virili (9).

(5) Melch. Sebitz de differentiis corporis virilis et muliebris — Nolte diss. sistens momenta quaedam circa sexus differentiam Blumenbach Instit. physiologicae sect. XXXV. — Moreau histoire naturelle de la femme, Paris 1803.

(6) Thierry praeter genitalia sexus inter se discrepant, Paris 1750 — Ackermann de discrimine sexuum praeter genitalia, Mogunt. 1788. 8.

(7) Moreau l. c. tom. I. cap. 2. — Soemmering tabula sceleti feminini, juncta discriptione, Francof. ad Moen. 1797.

(8) Moreau l. c. — Blumenbach l. c. §. 501.

(9) Ackermann §. 69.

La cute è più morbida e più fina; le mani e i piedi sono più piccoli; le coscie, di una circonferenza molto più grande, più rotonde, e più distanti; le ginocchia sporgenti, e piegate in dentro, e l' intiera struttura della spina oppone al franco camminare ed al correre quei medesimi ostacoli, che il petto rilevato alla libera attività delle braccia.

Il corpo femminile adunque indica una generale delicatezza e debolezza. L' educazione e le consuetudini possono forse aumentare la delicatezza delle parti corporee: ma da ciò non è dato dedurre, che possa impugnarsi l' idea di una original differenza nativa, che si conferma in tutti i paesi, e presso tutti i popoli. Se le si volessero opporre le conseguenze di una educazione contraria, e di contrarie consuetudini, che potessero mutare il tipo, ingagliardire l' espressione dei muscoli, e modificare la forma delle membra, ciò sarebbe un rivestirsi del potere della natura; perchè siffatte alterazioni violente si convertirebbero in vere perturbazioni della natura muliebre.

Se non che il corpo muliebre non solamente accenna debolezza di virtù muscolare, ma ancora una sensibilità molto mobile, e facilmente eccitabile, che per la maggior parte ha la sua origine nei nervi più delicati, e viene accresciuta, e specialmente diretta dagli organi, che sono formati per lo scopo particolare della donna (10).

Lo scopo fisiologico della donna è quello di concepire, di partorire, e di allattare: ed a ciò si referiscono le differenze più sorprendenti del corpo muliebre, voglio dire gli organi sessuali, ed il petto.

La potenza degli organi sessuali esercita una maggior signoria sul corpo della donna. Tostochè essi sono

(10) Roussel physiologie du sexe — Moreau l. c. p. II.

entrati in azione, e godono della loro propria vitalità, traggono a sè in qualche modo la intiera organizzazione, la dominano, e la modificano, e non di rado la disturbano, e la sconvolgono. Se vengono posti troppo poco in azione, si ammalano, e soffrono di ristagni; se sono soverchiamente eccitati, comunicano la loro inquietezza e la loro ardenza a tutti gli altri organi, e specialmente al sistema nervoso. L'apparato sessuale muliebre acquista talora, all'insaputa di molte donne, un potere, od un eccesso di forza vitale, che produce i fatti più meravigliosi, ed in certi casi, come per esempio al giugnere della viripotenza, della concezione, della gravidanza, e del parto, manifesta effetti anche maggiormente notevoli.

Aggiugnendo tutto ciò alla debolezza corporea del sesso muliebre, questa si può unicamente attribuire all'influenza degli organi della generazione, e principalmente del viscere destinato a custodire il feto: e dalla medesima origine è dato desumere la spiegazione di certe disposizioni dell'anima, e di certe passioni, che nelle donne appariscono o totalmente particolari, o particolarmente modificate.

Se si consideri in fatti l'intima connessione dell'anima col corpo, ed il commercio scambievole di queste due sustanze, non si può dubitare, che le dette particolari proprietà della macchina muliebre non debbano esercitare una decisa influenza sulle manifestazioni dell'attività spirituale: le quali sorgendo da quei particolari, e potendo esser fatte chiare dall'esperienza, non si vogliono fugacemente discorrere con la semplice esposizione di alcune poche osservazioni ed eccezioni (11).

(11) Sull'influenza del corpo muliebre sopra l'attività dello spirito merita di esser consultato Moreau parte I. cap. 3. Anche il primo capitolo contiene molto di utile.

Il cervello, come organo dei sensi in amendue i sessi, sembra avere delle proprietà nella sua struttura, le quali non si lasciano discoprire dal coltello anatomico, ma solamente per mezzo dell' osservazione delle varie manifestazioni dell'attività spirituale delle donne. Organizzazione, educazione, costumi, ed usanze, tutto si riunisce per dare allo sviluppo intellettuale della donna meno di forza e dl profondità. Da poche eccezioni non è permesso dedurre alcuna conclusione contro questa verità; perchè la natura è capace di attuare ogni possibile; perchè il suo andamento ha le sue declinazioni e le sue casualità; e perchè può altresì cedere alla potenza dell'arte, la quale in qualche incontro speciale è capace di sviluppar nella donna le forze d'un intelletto virile.

Una gran moltitudine di fatti concorre a provare, che le forze intellettuali differiscono fra l'uomo e la donna, quanto tutte le altre apparizioni del loro corpo. Questa diversità può certamente dipendere in qualche parte dall'educazione, dai costumi, e dalle relazioni civili esistenti: ma è per altro impossibile non riconoscervi l'effetto e l'influenza della particolare organizzazione.

L'anatomia insegna, che una maggior debolezza, ed una maggiore irritabilità sono qualità particolari del corpo muliebre. Ma la fisiologia ne ammaestra, che l'irritabilità sta col cervello in una vicendevole relazione, e che l'incremento di quella affievolisce l'attività di questo.

Più suscettive per tutto quello che è esterno, ed abbandonate, in virtù di quella maggiore eccitabilità, a più frequenti e più brevi impressioni, le donne debbono necessariamente avere una immaginativa più mobile, che profonda, idee più facili e scintillanti che solide, più

baleni di pensiero che pensieri, e più raramente una costante attenzione alla potenza della deduzione, dell'analisi, e della sintesi, in una parola quella forza di cogitazione, che imprime alle varie attività dello spirito virile un elevato carattere. Quindi non sanno le donne manifestare i concetti con la medesima efficacia degli uomini, i quali possiedono una irritabilità di gran lunga minore (12).

Per quanto questa verità si possa dichiarare in conseguenza della particolare organizzazione della donna, secondo i risultati, che ci vengono somministrati dall'anatomia e dalla fisiologia, anche molti fatti, presi dalla vita comune, dimostrano la giustezza del nostro ragionamento.

Le donne non hanno giammai fatto scoperte, che abbisognassero di pensamenti profondi, e di faticosa perseveranza: nè dimostrano un vero amore pei grandi oggetti dell'umano sapere. Esse cercano la novità, e la mutazione, ma non si curano delle cose, che richiedono una riflessione continuata. Sono tanto difficili a convincersi con ragioni, e con filate argumentazioni, quanto ad operare a tenore di esse. La loro inconseguenza è impareggiabile: oggi si abbandonano senza esitare ad un'idea; domane preferiscono la contraria. Piuttostochè per motivi ragionati, operano per sentimento. La loro irritabilità, sempre eccitata dall'utilità del momento, le rende dimentiche dei loro principj e del vantaggio dell'intiera lor vita: e poche son quelle, che non sarebbero pronte a rinunziare all'intiero giorno di domani

(12) Conf. Thomas essai sur les femmes — Kant Antropologia, pag. 284. a segg. — Heidenreich l'uomo e la donna, contribuzione alla filosofia de' sessi — Pockels tentativo di una caratteristica del sesso femminile — Meiner storia del sesso femminile — W. Alexander storia delle donne.

per un solo minuto d' oggi. Disprezzano tutto ciò, che loro si contrappone come regola obbligatoria, postochè non si confaccia col loro sentimento: e di qui deriva principalmente la loro ignoranza di relazioni civili e di leggi.

Or se noi raccogliamo questa somma di fatti, ai quali se ne potrebbero aggiugnere molti altri, ne risulta, che la facultà di conoscere è nelle donne più debole, che negli uomini.

Ma ancora la seconda facultà capitale dell' anima, dico quella di giudicare, è, per quanto apparisce, molto più debole nel sesso muliebre, e per gli stessi motivi. Esse giudicano della conformità con lo scopo, o con ciò che è prescritto, o della difformità dal medesimo, secondo le apparenze del momento attuale, senza darsi cura delle conseguenze. Sui loro giudizj influiscono molto più gli esempj, che i principj: professano costantemente la massima: *ciò che fa il mondo è bene, ciò che dice il mondo è vero, e quel che si dirà dei lor fatti* è l' unica guida dei loro calculi. Le donne sono troppo deboli per mostrarsi superiori alle false opinioni della vita comune, e mentre in generale possiedono moltissimo tatto per le cose minute, non sanno elevarsi alla considerazione dei generali. Quindi mancano d' indipendenza: quindi soggiacciono sempre all' opinione degli altri, o cercano di adottarla: quindi imitano ciò che vedono fare, senza aggiugnervi nulla di proprio. Ma, se la facultà di conoscere e di giudicare è molto più debole nelle donne, che negli uomini, quella appetitiva al contrario, terza virtù capitale dell' anima, è più elevata nelle prime che nei secondi.

L' influenza dei sentimenti e delle propensioni su tutte le operazioni intellettuali delle donne si manifesta quasi sempre senza loro scienza, nè volontà: e questo

è indubitatamente uno dei più rilevanti e dei più notevoli caratteri del sesso muliebre. Elleno sentono realmente più che non pensino: ed i loro sentimenti ed appetiti si uniscono e si frammischiano per modo con le loro idee, nozioni, ed illazioni, che tutte le operazioni del loro spirito non sembrano esser altro che sensitive. Perciò tutte le loro propensioni ed azioni sono per la maggior parte determinate dalla vivacità delle esterne impressioni: e così può ammettersi francamente, che in generale, e senza aver riguardo a qualche particolare attività dello spirito, la sensibilità formi il massimo impulso delle loro operazioni ed inclinazioni.

E come si potrebbe giudicare altrimenti, considerando ad un tempo l'efficacia degli organi sessuali! Questi in fatti cagionano nell'organizzazion della donna alterazioni e rivoluzioni, onde riman libero l'uomo. I varj fenomeni, che precedono l'apparizion delle regole, ed accompagnano ogni rinnovazione di esse, la gravidanza co' suoi diversi periodi, il parto con le sue conseguenze, producono una vicenda quasi continua di malattie e di patimenti, di agitazioni sensive, e di convellimenti nervosi, la quale dee necessariamente produrre uno stato di maggiore mobilità e sensibilità. Laonde una certa particolar direzione della facultà appetitiva muliebre si ripone a buon dritto nella esaltata attività ed energia del viscere destinato alla custodia della prole, che è proprio esclusivamente della donna, e che forma il punto centrale di tutti i suoi organi sessuali.

Le molte inquietezze ed angoscie, che nascono senza esterna occasione, le bizzarrie così strane e maravigliose, le straordinarie esaltazioni della sensibilità e dell'immaginativa, ed i reali traviamenti di questa facultà, e delle potenze spirituali in genere, a cui è prin-

cipalmente soggetta la donna, e che dirigono tanto, e modificano i suoi appetiti, per la massima parte dipendono dalla poderosa ed estesa influenza, che il viscere, destinato alla custodia della prole, esercita sull'organizzazione muliebre.

Le conseguenze di questa straordinaria irritabilità e mobilità si mostrano poi, in parte nella veemenza, con la quale sono ricevute e secondate tutte le esterne impressioni, in parte nell'incostanza e nella breve durata delle medesime.

Quindi i movimenti dell'animo e le passioni si manifestano con molto più di violenza nelle donne, che negli uomini, ed obbediscono meno all'impero della ragione, che può malagevolmente trattenerne lo scoppio: ma viceversa quello stato non dura lungamente; avvegnachè nel sesso muliebre sia molto facile e frequente il passaggio da contrapposto a contrapposto, dal positivo al negativo. Così anche i movimenti dell'animo e le passioni delle donne portano il medesimo marchio muliebre, che è proprio di tutte le altre attitudini del loro spirito.

Fra quelli spiccano specialmente l'amor materno, la compassione, la benevolenza, la timidità, e la verecondia: i primi tre dei quali sono così profondamente radicati nella donna, che meritano piuttosto il nome di proprietà, che di movimenti dell'animo. L'amor materno è discacciato raramente da altre impressioni, ed ha somministrato occasione ad atti sorprendenti di fortezza, nei quali la timidità si è tramutata in coraggio. La compassione e la benevolenza in generale, e senza riguardo a determinate persone, è rimasta sempre visibile anche nelle donne le più malvagie. La timidità è così intimamente connessa con la debolezza muliebre, che non riman superata, che in parte, e transitoriamente,

anche dalle più violente passioni. Ma per lo contrario si presenta nel sesso muliebre la propensione alla scaltrezza e all'astuzia. Bisogna confessare, che le donne sono più inclinate degli uomini alle simulazioni di ogni maniera, e che la sincerità, quando non è infinta, forma in esse un merito maggiore, che in noi. La verecondia in fine, che tanto difficilmente si scompagna dalla donna, degenera, se una volta è deposta, in una svergognatezza, che non suol esser dall'uomo raggiunta.

Anche gli altri movimenti degli animi delle donne dimostrano un certo eccesso. Nei loro desiderj sono più accese di quel che si possano contentare di limitate sodisfazioni: non è insolito nel loro carattere lo spirito di dominio; e, quando siedono in trono, inchinano al dispotismo, e non si lasciano agevolmente frenare. Le loro virtù toccano l'estremo, come i loro vizj: una donna buona è migliore d'un uomo ottimo, una cattiva è mille volte più trista d'un pessimo. Sono più docili nei loro doveri, e, tuttochè vi riflettano meno, li sentono più intimamente: ma se ne mostrano tanto più immemori, una volta che vi abbiano rinunziato, quando si trovan costrette a cercare nello stordimento il sonno dei loro rimorsi, e dei loro sentimenti. Nei tumulti e nelle turbolenze civili le donne vincono gli uomini in furore ed in crudeltà: ma d'altra parte questo tenero sesso, ove lo punga l'umanità, o l'amore de' genitori, o del marito, s'innalza alla più alta cima della virtù, ed il suo sentimento spicca un nobilissimo volo, e fa stupende prove d'eroismo e di sacrifizio, onde non sarebbe capace lo spirito più riflessivo dell'uomo.

Hanno il medesimo tipo anche le passioni muliebri, ed oscillano esse pure da un estremo all'altro.

L'amore si manifesta nelle donne con la massima vivacità e forza, e loro appartiene in un modo tutto par-

ticolare. In questa passione, appena è scoppiata in esse, trapassa l'intiero esser loro, e la voce della ragione con ogni altro riguardo suol combatterla in vano. Lo stesso avviene dell'odio. Un antico proverbio dice: « *aut amat, aut odit mulier, nil est tertium* »; e la quotidiana esperienza mostra, che è vero. La vanagloria con le sue sorelle, cioè l'alterigia e la vanità, supera non di rado i più nobili sentimenti, e persino l'amore materno. Che una donna incinta fuori di matrimonio uccida la sua prole, accade il più delle volte per salvare l'onore del sesso, e per timore del biasimo.

La diffidenza, l'invidia, la gelosia sono precipuamente proprie delle donne. La grande irritabilità e sensibilità, la debolezza corporea, l'educazione, e le relazioni della civil compagnia, tutto si riunisce per inchinare le donne a simili disposizioni di spirito.

Da questa breve esposizione risulta una risposta affermativa alla prima parte della nostra ricerca, vale a dire, che nelle donne si trovano dei particolari. In che consistano, è stato accennato abbastanza. Volgiamoci dunque alla seconda parte, ed esaminiamo, se questi particolari permettano di trattare egualmente in faccia alla legge il sesso muliebre e il virile (13).

Il diritto civile ha risoluto la quistione negativamente, sottoponendo le donne ad uno special trattamento giuridico; tantochè la dubitazione ha luogo nei soli rispetti del diritto criminale.

Gli antichi criminalisti (14) hanno espresso l'opinione, che il sesso muliebre dovrebbe trattarsi più dol-

(13) Di questa quistione ha trattato assai bene Henr. Theoph. Schellhafer *Meditationis de origine ac fonte juris circa mulieres diversi exercitatio.* Lips. 1738.

(14) Esempigrazia Tiraquellus *de poenis temperandis aut remittendis* caus. IX.

cemente nell' imputazion dei delitti, e che nella loro punizione constituisce un motivo mitigante. I moderni all' opposto hanno rigettato qualunque particolare riguardo verso le donne, e questa veduta si trova approvata, salve poche eccezioni, anche nei codici recenti, senza che si sia voluto porgere orecchio ai consigli di alcuni pensatori (15).

Sembra che un riguardo alla differenza del sesso non sia dovuto solamente nell' imputazione, ma ancora in altre dottrine del diritto criminale, cioè nella quantità dei delitti, nella misura e nelle specie delle pene.

I. *Del sesso muliebre rispetto all' imputazione.*

L' imputazione giuridica presuppone, secondo principj notissimi, un *avvenimento* imputabile, un *subietto*, cui si possa imputare, e l' esistenza di un *fondamento*, o di una causa, per cui l' avvenimento possa imputarsi al subietto. Il fondamento dell' imputazione è la libera volontà, con la quale il subietto risolvè ed eseguì l' azione, che fu elevata al grado di delitto, e la cognizione, che il subietto ebbe della legge penale positiva, dalla quale fu qualificata l' azione come delittuosa. Il subietto dunque non dee solamente aver avuto la capacità di calcolare l' azione secondo la sua indole e le sue conseguenze, ma ancora di determinarsi elettivamente ad intraprenderla, o ad ometterla. La imputabilità di un' azione presuppone dunque due cose; cioè la coscienza della legge, che la contempla, e la libertà di volere nell' eseguirla.

La coscienza della legge non si trova mai nel ses-

(15) C. C. Wieland Spirito delle leggi penali, §. 274. — Kleinschrod Sviluppo sistematico delle idee e delle verità fondamentali del diritto penale, parte I. §. 91-95.

so muliebre al medesimo grado che nel sesso virile. Si è già toccato di sopra, che le donne si prendon di rado per la constituzione e per l' amministrazion dello Stato quella cura, che ne hanno gli uomini; perchè elleno, a fronte di un sentimento attuale, sogliono disprezzar tutto ciò, che lor si presenta come regola obbligatoria. Inoltre la grande vivacità ed instabilità del sentimenti muliebri consente di rado, che l' impressione di una legge penale duri nelle donne tanto lungamente, che esse ne serbino memoria mentre sono agitate dalla tempesta dei movimenti dell' animo e delle passioni. Si aggiunga a ciò, che le donne, a motivo della loro educazione, della loro esclusione dal partecipare ai pubblici affari, e delle costumanze, sono impedite il più delle volte di pervenire ad una distinta cognizion delle leggi. Dovremo dunque stupirci, dice molto sensatamente von Hippel, che le donne obbediscano alle leggi, senza comprenderne lo spirito? che suppongano follia ridicola le più serie ordinazioni dello Stato, e si permettano d' interpretarle a capriccio anche quando è necessaria una cieca obbedienza?

Perciò l' imputazione non è in esse così piena, come negli uomini, specialmente a riguardo di quegli atti, che sono delittuosi per la sola ragione del divieto positivo; i quali non possono attribuirsi in alcun modo a demerito delle donne, se furon commessi per ignoranza di dritto (16). Se per altro l' azione delittuosa è naturalmente illecita, e il suo divieto è scritto, come suol dirsi, nel cuore dell' uomo, non si presenta allora da questa parte alcun motivo per usar dei riguardi al sesso, ma fa d' uopo considerare la libertà di volere.

(16) L. 1. § 10. D. *ad SC. Turpill.* — L. 38. §. 2. 4. D. *ad L. Jul. de adult.* — Hofmann *de poena ordinaria nonnumquam mitiganda* §. 7.

Si può credere, che esista una piena libertà di volere in relazione all'imputabilità, allorchè le tre facultà capitali dell'animo umano, cioè di conoscere, di giudicare, e di appetire, stanno in tal rispetto fra loro, che le prime due possano dirigere e moderare la terza. Ma in quella stessa misura, che negli uomini, ciò non si verifica nelle donne a motivo delle particolari proprietà del loro corpo, delle conseguenti attitudini limitate del loro spirito, e di altre circostanze di educazione, di costumanze e di relazioni civili.

Quando fra i due sessi avvene uno, che si lascia sempre trasportare da' suoi sentimenti, senza che lo sappia, o possa renderne conto, e condurre piuttosto da particolari impressioni, che da idee generali, e da fermi principj; nel quale la facultà di conoscere e di giudicare è troppo debole per opporre un saldo contrappeso a quella di appetire, ed in cui finalmente, per causa del fine, che la natura si è prefisso nella sua organizzazione, i più sorprendenti fenomeni disturbano, confondono, o indeboliscono la libertà di volere; bisogna confessare, che in esso non può aver luogo quella rigorosa imputabilità, che è dato di presupporre nell' altro (17).

Si può quindi ammettere in generale, che, a parità di circostanze, debba l'imputazione essere ordinariamente minore nel sesso muliebre, che nel virile: ma principalmente nelle azioni che procedono da un eccesso di quei movimenti dell'animo, e di quelle passioni, che sono particolarmente proprie delle donne; come, esempigrazia, da un eccesso d'amore, d'odio, di gelosia, di vanagloria. E così la politica criminale esige una pena più mite pei delitti d' infanticidio e di pro-

(17) Feder della volontà umana, parte II, §. 184. e segg.

curato aborto, quando sono stati causati dalla tema di perdere l'onore del sesso (18).

Tutti i delitti inoltre, nei quali grandemente influiscono gli organi sessuali, e gli appetiti che ne procedono, come l'adulterio, l'incesto, e simili, sono meno imputabili nella donna, che nell'uomo.

Lo stesso è da dire di quei delitti, in cui ha luogo la seduzione altrui, ed ai quali serve di fondamento una particolar propensione del sesso, come la vanità, e la mania di piacere (19).

Che se in questi casi l'imputazione debb'esser minore che negli uomini, essa può talora anche affatto cessare: come quando, in conseguenza dell'organizzazione muliebre, si presentino quei sorprendenti fenomeni, che aboliscono intieramente la libertà di volere.

Qui non si tratta di quei fenomeni patologici in senso stretto, che si presentano nell'uno e nell'altro sesso: ma di quelli, che occorrono così spesso al momento in cui la donna entra nella destinazione, per cui la natura la organizzò, e che sono così fugaci, che il medico ed il filosofo più esercitato sovente non è in grado di rintracciarne le vestigie.

Appartiene a questi fenomeni quella particolar direzione dell'appetito, la quale si mostra all'ingresso del

(18) Il famoso anatomico W. Hunter nelle sue *osservazioni e ricerche mediche* racconta diversi esempj di donne, che prescelsero di morire fra i dolori del parto, piuttostochè rivelare le loro debolezze. Due gli domandaron consiglio per la loro salute. Egli sospettò dell'una e dell'altra, e si diede ogni cura di guadagnarsene la confidenza, promettendo loro di fare quanto sarebbe stato in suo potere. Ambedue negarono, e morirono di violenti dolori colici, e di convulsioni nell'atto del parto.

(19) Esempigrazia il furto di gioielli e di vesti, non per avidità di guadagno, ma per desio d'ornamento.

sesso muliebre nella viripotenza, e che in senso lato e generale appartiene alle malattie dello sviluppo.

Feuerbach già notò (20), che la propensione indeterminata ad uccidere, contratta per suggestioni di cattivo spirito, si presenta principalmente nel punto della maturità; e che occorre più sovente nel sesso muliebre uno stimolo ai delitti, specialmente d'incendj, che nasce da un affanno inesplicabile, e da una incerta ansietà. Ma solamente Osiander (21) ci offre in questo proposito una piena luce, deducendo chiaramente e razionalmente dall'organizzazione del sesso muliebre l'origine di questo stimolo. Troppo poco si è valutato sinora si fatto stato particolare nell'amministrazione della giustizia criminale. A questo capo appartiene inoltre la particolar direzione dell'appetito nelle voglie della donna gravida, sulle quali siamo debitori di una compiuta esposizione ad Hoffbauer: e finalmente lo sconcerto dell'attività mentale, che frequentemente si presenta prima del parto, nel tempo, e dopo di esso, onde si può sovente dedurre, non esser luogo ad imputare il procurato aborto e l'infaticidio (22).

In forza di tutto ciò si può ammettere come provato, che l'imputazione debb'esser minore nel sesso muliebre, che nel virile: e così viene a decidersi anche la quistione, se il sesso debba somministrare un motivo generale di mitigare la punizione. In fatti si trova senza contrasto in questo sesso un difetto di cognizioni, per giudicare dell'indole e della penalità di un'azione, elevata da una legge positiva al grado di delitto, e rispet-

(20) Casi criminali notevoli, Giessen 1811. Vol. II. num. 6.

(21) Delle malattie dello sviluppo del sesso muliebre, tom. 1.

(22) Oltre ad Hunter nel l. c. sono qui da consultarsi le opere di Osiander e di altri medici, che hanno raccolto i casi della malattia.

to ad altre azioni, che sono delitti di per sè, trova luogo d'ordinario un difetto di conveniente determinazione al fatto, e tanto l'uno, che l'altro, come ambedue insieme diminuiscono l'imputazione, in quanto che si dee credere, che la legge penale contempli quei delitti, che vengano commessi con piena intelligenza e libertà.

Niente di meno questo motivo di mitigazione è rigettato da moderni criminalisti (23). Gli antichi (24) lo ammettono, e la loro opinione è trapassata indistintamente nei nuovi codici.

I primi sostengono, che la debolezza corporale delle donne non ristringe l'intelligenza nè la elezione, quali si richiedono per la imputazione, e che le leggi penali positive non riconobbero alcun motivo generale di mitigazione, il quale nascesse dalla debolezza del sesso. La prima ragione, che adducono, è stata confutata di sopra, dove si è dimostrato, che la debolezza corporale, unita ad altre circostanze, influisce ancora sulle tre facultà capitali dell'animo, e ristringe tanto la conoscenza, quanto la elezione, ossia la libertà di volere. La seconda ragione merita un esame più esteso.

Il diritto romano, e segnatamente la L. 1. D. *de verb. sign. Verbum si quis tam masculos, quam feminas complectitur*, sembra non voler fare in genere alcuna differenza tra i due sessi. Questa regola per altro non si riferisce al diritto criminale, come si rileva dalla inti-

(23) Renazzi elem. jur. crim. tom. I. pag. 169. — Crolman scienza del diritto crim. §. 151. — Tittmann elementi di diritto penale, §. 144. — Meister principia jur. crim §. 122. not. a — Feuerbach ed Henke, e fra i meno moderni il citato Schellhafer.

(24) Farinacius Quaest. 98. ca. 10. — Tiraquellus caus. IX. — Beyer *electa juris crim. supplementa*, part. II. obs. 3. — Quistorp §. 118. — Dorn coment. prat. §. 52. — Kleinschrod Sviluppo §. 91-93.

tolazione del frammento *Ulpianus lib. I. ad Edictum*, ma al diritto civile, checchè ne abbia detto a torto Baniza (25).

All'opposto si trovano dei passi, onde si raccoglie, che nel sesso muliebre si presumeva un dolo inferiore.

Rispetto al delitto di sacrilegio la L. 6. D. *ad L. Jul. peculatus* dice: « *Sacrilegii poenam debebit proconsul pro qualitate personae, proque rei conditione, et temporis, et aetatis, et* sexus, *vel* severius, *vel* clementius *statuere: et scio multos ad bestias damnasse sacrilegos, nonnullos etiam vivos exussisse, alios vero in furca suspendisse. Sed moderanda poena usque ad bestiarum damnationem eorum, qui manu facta templum effregerunt, et dona Dei noctu tulerunt: ceterum si qui interdiu modicum aliquid de templo tulit, poena metalli coercendus est; aut si honestiore loco natus sit, deportandus in insulam est* ». Che questo passo parli del grado dell'imputazione, e non del riguardo dovuto al sesso nella permuta della pena, ma che piuttosto consideri inferiore il dolo nel sesso muliebre, lo prova, a parer mio, la relazione fra le parole *sexus* e *clementius*, e la circostanza, che l'uno e l'altro sesso era passibile della condanna *ad bestias*.

Inoltre nel delitto di lesa maestà gl'imperatori Arcadio ed Onorio disposero nella L. 5. Cod. *ad L. Jul. Majest.*, che i figli del delinquente non potessero ottere alcuna cosa del patrimonio paterno, e che una parte di esso dovesse al contrario riserbarsi alle figlie: « *mitior enim circa eas debet esse sententia, quas pro infirmitate sexus minus ausuras esse confidimus* ». Che il motivo di questa disposizione non si debba dedurre dalla debolezza corporea del sesso muliebre, ma da altri riguardi, come vogliono i contradittori, non si può ben

(25) De causis mitigantibus cap. I. §. 14.

comprendere; perchè la ragione è espressamente fondata sulla *infirmitas sexus*. E quale altro motivo di questa punizione più mite si potrebbe presentare fuori di quello, per cui l'imperatore aveva meno da temer dalle donne, che dagli uomini, l'imitazione del reo di maestà, onde non credè necessario di privare le prime di tutti i mezzi patrimoniali, come i secondi?

Finalmente in certi delitti di carne è ammessa qualche scusa a pro delle donne. In proposito di che la L. 38. §. 7. D. *ad L. Jul. de adult.* dice: » *Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet* *s e x u*, *vel aetate* ». E la Nov. 134. cap. 10. punisce meno l'adulterio nel sesso muliebre.

Principj simiglianti si ritrovano nel diritto canonico.

Si legge nel *can.* 4. *caussa* XXXII. qu. 6. (*Decreti secunda pars*): » *Indignantur mariti, si audiant adulteros viros pendere similes adulteris feminis poenas: c u m t a n t o g r a v i u s e o s p u n i r i o p o r t u e r i t q u a n t o m a g i s a d e o s p e r t i n e t, e t v i r t u t e v i n c e r e, e t e x e m p l o r e g e r e f e m i n a s* ». Questo passo dà moltissimo da fare ai contradittori, i quali cercano di scansarlo, assurdamente affermando, che non può valere come disposizione legale, perchè è stato tolto da un luogo di S. Agostino: come se una volta inserito nel *corpus juris canonici* non dovesse avere la stessa forza d'un frammento d'un antico giureconsulto classico, riferito nelle pandette.

Trovasi inoltre nel cap. 6. X. (Decretal. V. 12.) *de homicidio* il passo seguente: » *Sane, cum vir discretus existas, plenius nosti, quod in excessibus singulorum non solum quantitas et qualitas delicti, sed aetas, scientia,* *s e x u s* *atque conditio delinquentium sint attendenda: et non solum secundum praedicta, sed secundum locum et tempus, quo delictum committitur, unicuique debet poenitentia indici; cum idem excessus magis sit in uno, quam in alio puniendus* ».

Anche contro questo luogo i contradittori si ristringono ad avvertire, che esso dice in generale, che il vescovo dee guardare al sesso, e che il testo riferito tanto può parlare di una permuta di pena, che nel sesso femminile può venir suggerita da altre circostanze, quanto di una minore imputabilità. La quale asserzioone si manifesta destituta di ogni fondamento, perchè qui non si parla di pena temporale, che si potesse permutare, come la ruota nella spada, ma di una pena spirituale, ossia d'una penitenza ecclesiastica.

Del resto il passo riferito in secondo luogo parla generalmente di tutti i delitti, come il primo: il quale dice, che l'uomo dee naturalmente preceder la donna in buon esempio e in virtù, perchè egli è più intelligente e più forte.

Or dunque, se il diritto romano e il canonico ordinano, che si valuti in generale come causa mitigante la debolezza del sesso, e se la Carolina si attenne ad essi, come *lex suppletoria et correctoria*, non bisogna meravigliarsi, che la medesima non abbia ripetuto il principio, che già vigeva in proposito, nè dal silenzio di essa si può desumere, come vogliono gli avversarj, che rigettasse questa causa di mitigazione. Qual bisogno vi era di così fatta ripetizione? Che tanto la consuetudine forense d'allora, quanto la Carolina, preferissero nelle pene capitali qualificate, a parità di circostanze, una esecuzione più mite, proporzionata al sesso, verrà esposto di sotto: e da ciò ancora si può dedurre un trattamento più dolce pel sesso muliebre nell'amministrazione della criminale giustizia (26).

(26) Anche fra i popoli, presso i quali il sesso femminile vive in uno stato d'oppressione, e che noi crediamo inferiori a noi in civiltà, ha luogo un trattamento più mite per le donne. È principio generale della legislazion penale della China (*Tatsing—Leu—Lee*), che

Mi si permetta qui di notare, che la Carolina punisce l' infanticidio più leggiermente nella madre che nel padre; avvegnachè l' ultimo debba soggiacere alla pena capitale esasperata del parricidio, mentre al contrario la prima è semplicemente colpita dall' annegamento.

I contraddittori vogliono opporre, che Carlo V. per altro non ha potuto riputare il sesso muliebre, come più debole del virile, perchè ammette la tutela incolpata anche di un uomo contro una donna. Se non che quell' imperatore non presuppone una particolare fortezza nella donna, ma una più forte difesa: « *Si mulierem occidens inculpatam tutelam praetenderet, in quo casu inspicienda est ac deducenda conditio mulieris et maris, adeoque utriusque tela, instrumenta, arma, et facta: ac tum quidem consilio jurisperitorum habito (ut sequitur) decernendum est. Quamquam enim non facile mulier marem ad excusandam inculpatam tutelam cogit; fieri tamen potest, ut atrox mulier mollem virum ad vim repellendam, seu inculpatam tutelam adigat, praesertim si illa noxia, vir autem levia tela habeat* (27).

Or se nell' amministrazione della giustizia criminale, quando le fonti sono incerte ed oscure rispetto ai principj della penalità, è permesso, nell' applicazione di questi alla pratica, di aver riguardo alla giustizia e all' equità naturale; se i contraddittori non possono citare una sola disposizione del diritto positivo, che interdica di desumer dal sesso un motivo di mitigazione; se i pochi cenni, che in questo proposito vengono offerti dalle leggi, concordano piuttosto colle massime, che

esse possano redimere tutte le pene, delle quali è proibita la redenzione agli uomini: e il numero dei colpi di *bambou* è determinato per le donne.

(27) C. C C. Art. 144. Vers. lat. Justini Gobleri Goarini J. C.

abbiamo esposte; sarà dato di ammettere assolutamente, che la legge positiva, se non comanda, permette per altro di dedurre dal sesso una causa mitigante, la quale è tanto più da accettarsi, in quanto che il rifiuto di essa aprirebbe la porta ad iniquità manifeste.

Consideriamo adesso la relazione, in cui questa causa mitigante, che si dee dedurre dal sesso, sta con le altre cause della medesima specie. Roussel osserva con molta acutezza e giustizia, che la donna, quando si avanza verso la viripotenza, si allontana dalla sua precedente constituzione meno dell'uomo. Delicata, e tenera, conserva sempre qualche cosa del temperamento puerile. Questa osservazione ci conduce a scoprire la connessione della nostra causa mitigante con le altre, che sono state espresse dalla legge. Siccome la puerizia si considera qual causa mitigante (28), perchè d'ordinario impedisce la cognizione dell'ingiustizia, o la debita riflessione; così la debolezza del sesso femminile dovrà per le stesse ragioni riguardarsi egualmente efficace. Dalla qual somiglianza di cose risulta ancora un'altra proposizione. Se cioè la puerizia può talvolta non esser considerata, quando il delinquente nell'eseguire il suo piano, e nel superare gli ostacoli, che gli si pararon d'innanzi, dimostrò una piena cognizione, ed una piena libertà di volere, ossia, secondo l'espressione tecnica, *si malitia aetatem suppleverit* (29); così non si dovrà in alcuni casi usar dei riguardi alle donne, *si malitia suppleverit sexus imbecillitatem*.

(28) L. 1. §. 32. 33. D. *ad SC. Silan.* — cap. 1. X. (Decretal. V. 23.) *de delictis puerorum* — C. C. C. art. 164. e 179. — Kleinschrod l. c. parte I. §. 85. — Grolman Biblioteca della scienza del diritto penale, tom. I. fascic. 1. §. 41-45.

(29) L. 14. D. *ad SC. Silan.* — L. 1. e 2. Cod. *Si advers. del.* — C. C. C. art. 164.

La timidità, esempigrazia, è uno dei caratteri distintivi e più generali del sesso muliebre. Se per altro una donna commette un delitto, la cui esecuzione non possa consistere con quella timidità; o non deve esser mai andata soggetta alla consueta debolezza del suo sesso, o per superarla deve avere operato con un alto grado di libertà. Nel primo caso, non dee farsi alcuna differenza fra lei ed un delinquente mascolino, avvegnachè la sua intrepidità la renda più vicina al carattere virile, che al muliebre: nel secondo caso, non si presenta alcun motivo per iscusarla, a cagione del commesso delitto, il quale anzi nella sua imputabilità e penalità starà al di sopra di azioni simili di delinquenti maschi, a meno che non venga attenuato dall' eccesso di una passione, che sia propria del sesso muliebre (30).

Le azioni inoltre, che procedono in genere da astuzia, alla quale il sesso femminile ha molta tendenza naturale, gli si debbono meno imputare. Ma quei fatti, che sono derivati da una scaltrezza lungamente meditata, sono maggiormente imputabili alle donne. Imperocchè la mutabilità loro propria d' ordinario non permette ad esse di seguitare con perseverante riflessione il medesimo piano, e di concatenare con arte e segretezza diverse azioni, per arrivare allo scopo. Se dunque una donna supera questi ostacoli, che si trovano nella sua natura, opera certamente con una maggior libertà interna (31).

Ma d' altra parte il difetto di segretezza, rimproverato al sesso muliebre, si può malagevolmente considerare come una causa, che diminuisca l' interna libertà, quando il delitto fu non ostante commesso: chè l' espe-

(30) Wieland Spirito delle leggi penali §. 274.
(31) Kleinschrod l. c. parte I. §. 92.

rienza insegna, che le donne si espongono al rimprovero di questo difetto nei segreti altrui, mentre sogliono custodire i loro proprj con maggior cautela degli uomini.

Finalmente non occorre quasi notare (perchè di queste eccezioni si è accennato sufficientemente di sopra), che si danno delle donne, le quali in forza intellettuale e corporea, come in cognizione della penalità, non rimangono menomamente addietro al sesso virile. In questo caso è certo, come afferma rettamente Kleinschrod, che non sì presenta alcuna ragione per usar dei riguardi al sesso. Ma se il giudice trova in una delinquente le proprietà consuete del sesso muliebre, saranno allora applicabili i principj finquì sviluppati. Quindi la investigazione del carattere speciale di una delinquente, e delle sue forze intellettuali e corporee, è il primo dovere dell'ufficio del giudice, come quella che sola può somministrar la misura dell'imputazione.

II. *Relazione giuridica del sesso muliebre con la quantità del delitto.*

La quantità di un delitto può essere obiettiva e subiettiva. La quantità obiettiva di un delitto è determinata dalla quantità del male cagionato da esso: e quanto più di questo male fu preso di mira dal delinquente, tanto il delitto è subiettivamente maggiore. Nel diritto penale si valuta principalmente quest' ultima considerazione. Imperocchè quanto è maggiore un delitto contemplato subiettivamente; tanto più di cattiva intenzione e di pericolo si può desumere, e tanto più si ha diritto di punire, per vincere la malvagia volontà, e renderla innocua. Ma lo stesso delitto può annunziare più o men di pericolo, secondo che vien commesso dall' uno, o dall' altro sesso: e nel rispetto obiettivo il medesimo male

può esser maggiore o minore, secondo che fu arrecato all' uno ed all' altro sesso.

Che un delitto commesso da una donna sia subiettivamente men grave, che quando a parità di circostanze fu commesso da un uomo, si può dedurre dalla debolezza corporea dell' autrice, e dalla più breve durata delle propensioni e degli affetti muliebri. Si danno per altro dei casi, in cui la donna apparisce tanto più pericolosa; in quanto che l' esperienza dimostra, che, rinunziato che ella abbia una volta ai principj morali, i suoi desiderj non conoscon più freno.

Ma un delitto obiettivamente considerato è più grave, quando è commesso contro una donna: sia che esso consista in bistrattamenti ed offese corporali, od in lesioni dell' onore del sesso.

Al primo capo appartengono principalmente i delitti, per cui vien tolta alla donna contro sua volontà una proprietà irreparabile delle sue parti sessuali (l' *hymen*), o per cui queste parti vengono in generale usate ed abusate suo mal grado, come per esempio la violenza carnale. Quindi a buon dritto la legislazione punisce questo reato più gravemente di altri al medesimo affini. Vi si riferiscono inoltre quelle offese, che tolgono alla donna altri beni inestimabili, come la bellezza, o che possono al delicato suo corpo arrecare un pregiudizio maggiore, che alla più solida struttura dell' uomo.

Appartengono all' altro capo precipuamente le ingiurie, per le quali venga menomato alle donne l' onore del sesso; o ciò avvenga per mezzo di calunniose imputazioni, o di ferite al pudore. Che in amendue i casi si presenti una *injuria atrox*, meritevole di una pena più grave, che se in pari circostanze fosse stata arrecata ad un uomo, è cosa evidente, ove specialmente si

pensi alle triste conseguenze d' una incolpazione d' adulterio, di deflorazione, e simili, o di un' offesa al pudore del sesso muliebre.

Perciò non solo dal diritto romano (32), ma ancora da altre leggi (33) si riconosce un *attentatum adversus pudicitiam*, principalmente relativo al sesso femminile, come un' azione particolarmente punibile: ed anche la consuetudine forense, uniformandosi a questo principio, punisce più gravemente, a parità di altre circostanze, un' ingiuria commessa contro una donna, che contro un uomo. Spettano inoltre a questa categoria tutti quei delitti, coi quali si promuove o si mantiene la seduzione del sesso muliebre, mirando alla corruzione de' suoi costumi; come esempigrazia il lenocinio, e il tenimento di bordelli disapprovati. Tanto il diritto positivo, quanto la pratica dei tribunali, li puniscono a buona ragione più gravemente dei delitti affini (34).

Alcuni giureconsulti, concordemente agli esposti principj, applicano l' idea dell' incolpata tutela anche al caso, in cui una donna uccida un uomo, che la vuol violentare: altri sono di contrario parere (35). Che per altro sia fuor d' ogni dubbio, che una donna, per respinger da sè una violenza carnale, possa esercitare l' incolpata tutela sino all' uccisione inclusive, è dichiarato dall' espressa disposizione della L. 1. §. 4. D. *ad L. Corn. de sic.*: « *Item D. Hadrianus rescripsit, eum, qui stuprum*

(32) L. 9. §. 11. D. *de injur.*

(33) Cod. pen. franc. art. 330.

(34) Tittmann §. 593.

(35) Grihmer *principia jurisprudentiae nat.* lib. I. cap. 5. §. 4. riporta gli antichi consenzienti e dissenzienti — Otto ad Pufendorf *de off. hom. et civ.* lib. I. cap. 5. §. 20. — Thomas. *problema jur. crim.* XIII. *an contra stuprum violentum locum habeat moderamen inculpatae tutelae* — Fra i moderni V. Tittmann §. 164-271. l. c.

sibi vel suis per vim inferentem occidit, dimittendum » . E siccome la Carolina non volle alterare le regole giuridiche, che nascevano dal diritto romano; così la disposizione dell' art. 140. di quella penale ordinanza non escluse in alcuna maniera il caso della violenza carnale.

III. *Relazione giuridica del sesso muliebre con la quantità e con la specie delle pene*.

Alcune pene corporali sono di tal indole, che la decenza impedisce di applicarle alle donne: alcuni mali penali colpiscono molto più gravemente le donne, che gli uomini, e quindi o non si debbono affatto decretare contro di esse, o in una dose minore: altri finalmente sono meno sensibili per le donne, che per gli uomini, e quindi si debbono a quelle applicare con un aggravamento.

La prima classe di queste pene contiene tutte quelle, che rendono necessario un denudamento del corpo muliebre, od almeno una positura indecente del medesimo. Ottimamente Servin pregava il legislatore a non dimenticarsi giammai di essere un padre, che, mentre castiga, instruisce, ed insieme con le sane dottrine somministra ottimi esempj. La riverenza, che la legge dimostra al pudore del sesso muliebre, diventa alla fine un sentimento nazionale, che constituisce la base dell' educazion della donna, e la molla principalissima della sua condotta. Innumerabili dunque sono i preziosi vantaggi, che ne derivano alla patria (36).

Anche nelle pene capitali è dovuto un riguardo alla decenza e al pudore. Fa d' uopo risparmiare alle don-

(36) De la legislation criminelle — V. anche Montesquieu de l' esprit des lois XII. 14.

ne la forca, e la ruota, e permutar queste pene in altre, che non rechino pregiudizio alla decenza e al pudore. Nè si dica, che si potrebbe evitare qualunque nudità per mezzo di una veste virile; perchè questa eccita scandalo, e lo scandalo viene accresciuto dalla positura del corpo sulla ruota (37).

Anche l'ordinanza carolina (seppure in ciò non ha influito un altro motivo, di cui toccheremo più sotto) stabilisce, che l'uomo pel delitto di furto debba soggiacere allo strangolamento, e pel delitto di veneficio alla ruota, e che la donna in vece sia punita per amendue questi maleficj con l'annegamento, o con un' altra pena capitale (38).

La seconda classe comprende le pene capitali qualificate, le pene corporali dolorose, le pene che privano della libertà, e quelle infamanti di per sè stesse.

Rispetto alle pene capitali qualificate la maggior parte dei giureconsulti convengono, che niuna differenza debba farsi per ragione del sesso, purchè si abbi . cura della decenza e del pudore.

Per altro, se fa d'uopo ammettere un'equa propor-

(37) Schellhafer p. 68. osserva molto giustamente in proposito: « *Cum illa vestis, qua inferiores partes mulierum teguntur, sit fluitans, nec sicut apud viros singula crura exprimat, facile fieri potest, ut cadaver eiusmodi vestibus indutum, et ex alto suspensum indecentius spectaculum praebaet. Diceres idem, dilaceratis vestibus, fieri posse in cadavere masculino; nec nego: haec tamen ut ponderes velim. Primo braccas marium, cum sint strictim ad artus adplicatae, non ita facile, ut mulierum vestes, decidere. Deinde quoque majorem virorum esse petulantiam, quam feminarum, quas pudor, vel verus, vel simulatus, oculos a tali spectaculo avertere jubet. Inde si cadaver masculinum sit denudatum, mulieres plurimae vultu submisso praeteribunt; viri ut sui generis, non curabunt. Sin vero feminini generis tegenda in aperto erunt, marium lascivia quarum ineptiarum non inde capiet occasionem?* ».

(38) Art. 130. 162.

zione, il corpo femminile esclude qualunque pena capitale spasmodica. Esso in fatti per la sua struttura è di gran lunga più sensibile del virile, specialmente al dolore; tantochè ciò che punge tollerabilmente un uomo si converte in uno squisito martiro per una donna. Se dunque, secondo la consuetudine forense, ad effetto di prevenire la disperazione, una pena di morte più qualificata si permuta in una pena meno qualificata dello stesso genere per gli uomini, con quanto più di ragione dovrà aver luogo un tal cambio nei delitti delle donne!

Si oppone, che la Carolina proibisca ogni distinzione in proposito. Io per altro son d'avviso, che questa legge, lungi dal contenere un simil divieto, dimostri piuttosto il contrario.

È certo in fatti, che l'ordinanza di Carlo V. in diversi delitti, che sono minacciati di pena capitale qualificata, cioè nell'omicidio premeditato, nel parricidio, nel viricidio, nell'uxoricidio, nell'incendio, ed in altri consimili maleficj, sembra che non lasci luogo a far differenza fra sesso e sesso, in quanto parla semplicissimamente della pena capitale qualificata da decretarsi al delinquente: ma è certo del pari, che in altri delitti, minacciati della stessa specie di morte, ammette senza contrasto dei riguardi pel sesso. Così nell'infanticidio stabilisce una pena di morte più mite (l'annegamento) per la madre, mentre vuole, che il padre sia colpito dalla pena più grave del parricidio. Ma la disposizione, che merita considerazione più di tutte le altre, è quella che contempla il veneficio. L'art. 130. dice così nella versione latina citata di sopra: « *Qui veneno aliquem interimit, aut corpus vitamque male afficit, tanquam ipsissimus latro, rota ad mortem plecti debet. Si autem tale facinus mulier admitteret, ea mergatur, aut alio*

modo viaque juxta qualitatem et circumstantias delicti et personae scilicet morte multetur ». Questo passo è di estrema importanza per mostrare, che anche nelle altre specie di morte qualificata si debba avere un riguardo al sesso, e colpir le donne di una pena men grave. Imperocchè primieramente non si può immaginare alcuna sufficiente ragione, per cui debba farsi una differenza rispetto al sesso nel veneficio, e non negli altri delitti, che sono minacciati della medesima pena, tanto più che l'avvelenamento può esser benissimo usato anche nell'uccisione del coniuge e degli ascendenti: ed in secondo luogo, esprimendo la legge, che il veneficio sia punito come un omicidio premeditato, viene ad ammettere, che ancora in questo secondo delitto debba trovar luogo un riguardo a favore del sesso.

Rispetto alle pene corporali dolorose, non solamente si debbono scansar tutte quelle, che presuppongono un denudamento del corpo, ma ancora, se si vuol tener dietro ad un' equa proporzione, fa d'uopo applicare con più mite misura le altre, che non recano oltraggio al pudore. Con questa seconda massima va d'accordo la pratica forense: e quanto alla prima sarebbe da desiderare, che le donne non si facessero soggiacere alla pena della fustigazione, onde le ha fatte esenti sulle parti scoperte del corpo anche la legislazione chinese, tuttochè l'anima di essa sia il *bambou* (39). La debolezza del corpo è sempre una causa per mutare una pena in un' altra, che sia più adattata al delinquente.

Fra le pene privative della libertà si presentano per le donne solamente la carcere e la casa di disciplina: ma amendue si vogliono decretare in più ristretta mi-

(39) Ta-tsing-Leu-Lee, V. la Versione francese di *Rénouard de St. Croix*, tom. I. pag. 50.

sura, che, a parità di circostanze, per gli uomini. Il qual riguardo è almeno dovuto alle donne maritate; perchè la separazione dal consorte e dai figli è per esse tanto più grave e dolorosa, che per gli uomini, quanto più sentono gli affetti conjugali e materni, e le ha più d'una volta trascinate al suicidio. Altre considerazioni richiedono una simil moderazione: esempigrazia il timore, che sia trasandata l'educazion della prole, e quello della seduzione, così facile ad accadere nei nostri difettosi stabilimenti penali. Ma principalmente occorre determinare una più breve durata, o che la pena si possa scontare in più tempi, quando una donna allatta il suo pargoio; perchè il cattivo nutrimento, l'affanno della carcere, e il difetto di moto, recano pregiudizio alla madre e al bambino. Lo strappare il figlio dal sen della madre, come la pratica forense è solita fare in varj luoghi, è somma crudeltà, e conduce facilmente al sepolcro ambedue.

In generale sarebbe desiderabile, che alla casa di disciplina, dove la donna sta sempre sotto la sorveglianza degli uomini, e si ritrova di continuo esposta alla loro seduzione, si potesse sostituire un'altra pena. Il che non era sfuggito all'imperator Giustiniano (40): « *Necessarium vero credimus et illud competenti adjutorio emendare, ut nulla mulier de qualibet re includatur aut custodiatur* (cioè per cagion di debito) ...... *Si vero crimen sit, quod infertur mulieri, in quo necessarium est, ipsam custodiri; siquidem fidejussorem personae praestare potest, ipsi credatur. Si vero juraverit, non posse se dare fidejussorem, juratoriam cautionem faciat de observatione judicii. Si vero gravissimum inveniatur crimen, in quo accusatur, in monasterium, aut asceterium mittatur, aut mu-*

(40) Nov. 134. cap. 9.

lieribus tradatur, per quas potest publice et libere custodiri, donec caussa ejus manifestetur (41).... *Nullam enim mulierem pro pecunia fiscali, sive privata caussa, aut pro criminali quolibet modo, aut in carcerem mitti concedimus, aut a viris custodiri; ut non per huiusmodi occasiones inveniantur circa castitatem injuriatae.*

Finalmente le pene infamanti, come il bollo, la gogna, e simili, non sono per regola da decretarsi alle donne; chè altrimenti tutta quanta la fortuna della loro vita anderebbe distrutta. Forse per eccezione si potrebbero applicare nei casi di donne così svergognate, che niun' altra pena si giudicasse capace di fare impressione sopra di loro: come se si trattasse di ruffiane, di meretrici, e simili. Ma è cosa atroce lo stabilir tali pene per alcune specie di furti, che sono dei più leggieri, come quelli dei frutti dai giardini, o dai campi: e non si possono ammettere neppure nei furti domestici, perchè la donna così vituperata perde assolutamente il modo di guadagnarsi onestamente il pane, e si trova miseramente condannata a cercarlo mediante la prostituzione.

Per ciò, che finalmente riguarda la terza classe di pene, che riescono alle donne meno sensibili, che agli uomini, si potrebbe dire, che le relazioni civili e l'educazione, onde vien resa abituale al sesso muliebre la vita casalinga, facciano sì che esso riceva troppo leggiera impressione dalla carcere. Se fosse vero, come pensano alcuni, che le donne sieno più avare degli uomini, si potrebbero per esse sostituire alla carcere le pene pecuniarie. Ma l'esperienza dimostra, che l'avarizia non è che uno degli estremi, nel quale elleno cado-

(41) Un simile instituto è nella China. *Ta-tsing-Leu-Lee* tom. II. p. 405.

dono così facilmente come nel suo contrapposto, cioè nella prodigalità. Per lo che non potendosi piantare in questo proposito una massima generale, sarebbe miglior partito aggravare la pena di carcerazione per le donne, che ne sono passibili, con un trattamento alternato a pane ed acqua.

VIII.

DELL' IDEA, DELLE SPECIE, E DELLA PENALITA' DELL' AUTORE DEL DELITTO (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOM. III. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Tutti i partecipanti ad un delitto si soglion partire, in una guisa non intieramente logica, in autori ed ausiliatori: ma è molto più giusto distinguerli in partecipanti immediati e mediati, i primi de' quali commettono l' azione, che constituisce il delitto medesimo, ed i secondi propongono il fatto ad altri partecipanti, o richiedono la loro attività. Ai partecipanti mediati appartiene ancora il così detto autore intellettuale, a cui fa contrapposto il fisico autore: ma sarebbe meglio abbandonare affatto l' espressione di *fisico autore*, come quella, che non quadra a tutti i casi; avvegnachè, per esempio, ripugni all' uso comune di favellare il chiamare autor fisico dell' adulterio l' adultero, che non è stato sedotto da alcuno. Sarà più conveniente designare il così detto fisico autore col nome di *agente*, e risparmiare il vocabolo *autore* pel solo partecipante, che suole appellarsi autore intellettuale. Ma lo stabilire l' idea ed i caratteri di questo autore è cosa piena di difficoltà.

1) Ogni autore di questa sorte presuppone, che sia stata commessa un' azione delittuosa (tentata, o consuma-

ta, non monta), e che quindi esista un effetto, onde si debba ricercare la causa. 2) Quegli, che commise il delitto, non deve averlo eseguito per libera spontaneità, ma essere stato adoperato a delinquere da una attività estranea indipendente da lui. 3) Il caso debb' essere così foggiato, che l' agente sia stato condotto a delinquere da questo terzo, che noi appelliamo autore. a) La cosa non cangia affatto, ancorchè si figuri, che l' agente avrebbe verisimilmente commesso il delitto fra breve, senza alcuna cooperazione di quel terzo; perchè non si tratta della nascita possibile di altri delitti, ma solamente della imputazione di quello realmente commesso *in concreto*. b) L' agente per altro, prima che il terzo cercasse di determinarlo al delitto, non deve aver formato la risoluzion di commetterlo; perchè in tal caso quel terzo non si potrebbe altrimenti considerare come causa prima, ma solamente confermativa dell' avvenimento delittuoso.

Or quando un agente deduce di essere stato determinato al delitto da un altro, e si discolpa allegando, che senza di lui non sarebbe trascorso a delinquere, è importante il cercare, di qual indole esser debba la condotta di quello, che non eseguì da sè stesso il delitto, affinchè possa punirsi come autore del fatto, commesso da un altro.

Anche in questa dottrina si scopre il difetto, che occorre sì spesso nel diritto criminale, delle soverchie generalità. Si trovarono casi, in cui un uomo, che per suo interesse immediato desiderava un delitto per raggiugnere un certo fine, e che sentivasi troppo debole per delinquer da sè, o non sapeva coglierne l' occasione, fece uso d' un altro, come d' uno stromento, e se ne costruì un' idea generale, ed i giureconsulti non indugiarono a cercare in tutti i delitti possibili un così detto autore intellettuale.

I veri caratteri dell' autore si debbono indagare I. nella qualità del mezzo, impiegato dall'autore, per produrre il delitto: II. nel modo, in cui l' autore si unisce all' agente: III. nella qualità dell' intenzione.

I. In conseguenza del principio, che la pena trova il suo fondamento nella sola azione, che corrisponde allo scopo, e sta in connessione causale col delitto, 1) può essere autore unicamente quegli, che intraprende un' azione, idonea a determinare al delitto una persona, che non è menomamente risoluta a delinquere; unicamente quegli, che ha in sè tanta forza, da comunicare ad un altro la sua spontanea risoluzione illegale, da distruggere in esso tutti i motivi, che sconsigliano dal violare le norme penali, e da costringerlo suo malgrado a misfare. A fine di pronunziare un retto giudizio, occorre qui collocarsi nella posizione di una persona, che non pensa affatto al delitto, e non ha interesse a commetterlo. Or se un terzo vuole stimolarla a delinquere, gli fa d' uopo impiegare una forza straordinaria, per distruggere l' orrore, connaturale a tutti pel male, il timor della pena, l' amore del proprio comodo, che mal volentieri si espone ai pericoli, che sogliono andare congiunti al delitto; gli fa d' uopo trapiantare in un altro un interesse criminoso, che questi non ha. Quei solamente, la cui azione giunse a tanto, ed è perciò corrispondendente allo scopo, può considerarsi come vero *autore* del delitto, postochè quel terzo dipoi lo commetta. Laonde si potrà meritamente appellare autore colui, che compra per danaro un altro, affinchè uccida il nemico (affatto ignoto al comprato) del compratore, o colui che induce un testimone, d' altra parte buon uomo, a fare in giudizio una falsa deposizione.

2) Per lo che il solo impiego di un mezzo, che possa astringere fisicamente o psicologicamente un altro a

delinquere, in quanto che o sopprima in esso ogni libera determinazione di volontà, o crei nel medesimo una disposizione, per cui egli, acquistando un interesse positivo nel delitto, lo desideri, può rendere autore colui, che impiega un tal mezzo (1).

3) Debb'essere un mezzo, mediante il quale l'autore dichiari, che porrà a proprio conto il delitto commesso dall'altro, e che nel medesimo tempo riguarderà l'altro per solo stromento, come accade, a motivo d'esempio, nell'autore per comando.

4) Debb'essere ancora di tal maniera, da potersi riconoscere, che l'agente è trascorso al delitto, non già per propria disposizione anteriore, ma per via di questo mezzo medesimo impiegato sopra di lui.

5) Conseguita per altro da ciò, che il semplice eccitamento generale di delittuosi pensieri nell'agente, senza voler produrre un determinato delitto, non basta a rendere alcuno autore (2); perchè un generale suggerimento non è tanto forte da servire di base all'imputazione del successivo delitto, ed intercede una gran distanza fra gl'ingiusti pensieri, ed il malvagio proposito di un dato maleficio; e perchè l'agente dimostra col suo delitto, che per efficacia della propria sua volontà è venuto nella criminosa risoluzione, ed ha trovato in sè stesso bastante disposizione a delinquere.

6) Perciò si vogliono rigorosamente distinguere le *occasioni* dalle *cause* del delitto altrui. In molti casi un delitto può essere occasionato da una parola gettata là,

(1) Le leggi non si contentano perciò di una semplice richiesta del fatto, ma esigono di più. §. 1. Inst. *de oblig. quae ex del. nasc.* « *Qui tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti* » Conf. L. 50. §. 3. D. *de furtis*, e L. 11. §. 6. D. *de injur.*

(2) Ciò risulta chiaramente dal c. 6. §. 3. X. *de homicid.*

da un discorso, che penetra un animo facilmente accendibile. Una fanciulla incinta, per esempio, assistendo ad un dialogo ode parlare per la prima volta di mezzi abortivi, e più tardi mette a profitto le acquistate notizie. Ma giuridicamento può essere autore solamente colui, che comparisce qual *causa* del delitto commesso da un altro.

II. È di particolare importanza anche l' investigare il tempo ed il modo, in cui l'autore si congiugne all'agente. 1) Può in fatti considerarsi autore solamente colui, che impiega i mezzl già menzionati sopra di uno, che non aveva alcun remoto proposito, nè interesse di delinquere; onde quegli è il primo a gettare il fomite del male in un animo vacuo di criminosi pensieri. Dee dunque appartenere all'autore il primo pensiero delittuoso, che nacque nell'animo dell'agente.

2) Molte volte è difficilissimo determinare, che un individuo sia la causa prima del delitto. In luogo di molti esempj, mi limiterò a riferire un caso. Un servitore che stava in relazione adulterina con la moglie del suo padrone, uccise il marito di lei. Confessò il fatto, e dedusse, che ve lo aveva indotto la donna; che essa da principio con parole interrotte e timorose gli aveva dato qualche cenno dell' omicidio; che egli, intesala tosto, le aveva svelato di avere avuto più volte un simil pensiero e desiderio; e che poscia ne avevano insieme più specialmente e chiaramente parlato. La donna non fu riconosciuta a ragione come autrice dell' omicidio; perchè il discorso accidentale e metaforico d' un delitto, verso il quale l'agente era già a mezza strada, non basta a rendere autore.

3) Si muove dubbio anche rispetto a colui, che fa commettere un delitto determinato ad un individuo, già risoluto in generale a delinquere. Taluno,

per esempio, che si trova in gran bisogno, e che, non sapendo come provvedervi, è risoluto di procacciarsi ciò che gli manca in un modo delittuoso, chiede il parere di un altro, che lo consiglia a fabbricar monete false, o a rubare: o taluno, che ha formato il proposito di vendicarsi di A vien determinato da B a bistrattare A. Qui bisogna ben distinguere, se colui, che è stato indotto ad un dato delitto, era risoluto di delinquere solamente in genere, senza aver divisato un piano, *senza determinato interesse, nè determinata relazione ad un certo obietto*; o se aveva formato già l'intenzione di pervenire ad un *fine ideato* per mezzo di un qualche delitto, o *di operare contro un obietto determinato*, ma non era ancora deciso intorno alla qualità del delitto, che commetterebbe. Nel primo caso, chi lo ha indotto ad un determinato delitto sarà autore: nel secondo, al contrario, non potrà considerarsi come tale.

4) Si dubita ancora, se chi vive in una specie di dipendenza da un altro, e vacilla nella sua delittuosa risoluzioue, ma finalmente la riduce ad effetto, dopo avere ottenuto l'assenso del suo superiore, faccia sì, che questi si debba riconoscere come autore. A, moglie di B, diede fuoco alla propria casa per defraudare la cassa di assicurazione dagl' incendj; ma si riferì all'autorità del proprio marito, presso il quale aveva fatto ripetute insistenze, per commettere il delitto, e che finalmente una mattina le aveva dato l'ordine di bruciare. Era certo in questo caso, che l'uomo, ancorchè ordinasse, non potea dichiararsi autore dell'incendio; perchè risultava dall'insieme, che il particolare interesse era stato vivissimo nella sola donna, e che essa non abbisognava dell'ordine, o meglio del consenso del marito, per effettuare il delitto.

III. Per altro appartiene ancora all'autore un mal-

vagio proposito. Analizzando il quale fa d'uopo riporvi 1) la volontà, che il delitto sia commesso dall'altro, e quindi un proprio interesse ingiusto a delinquere. 2) L'autore dee sapere, che i mezzi da esso impiegati, sono adattati a muover l'altro al delitto: e 3) deve adoperar questi mezzi con l'intenzione di spignere l'altro a delinquere.

Si è fatta quistione, se taluno possa esser punito, come autore, nei delitti colposi d'un altro. Tizio, per esempio, ordina a Mevio di tirare in circostanze pericolose, e Mevio ferisce Sejo: od alcuno ordina ad un suo sottoposto un'azione, onde poteva nascere, ed è nato pericolo per un terzo. In simil caso sarà più giusto non parlare d'autore, perchè manca il proposito di determinare un altro a delinquere, e perchè in tali occasioni deve imputarsi puramente a conto dell'agente il modo speciale di esecuzione, onde nacque il pericolo altrui.

Dietro il finqui detto dee riputarsi autore colui, che con ingiusto proposito cagiona la nascita di un delitto, eseguito da un altro, che non lo aveva originalmente deliberato. 1) Una tale idea rimane assorbita da quella dell'agente, se questi delinque senza cooperazione altrui, ond'è anche autore; o 2) se quegli che fu da principio autore, in seguito si unisce con la persona già sedotta, ed accomunando la sua forza con lei commette il delitto. 3) Sovente si dubita, chi sia l'autore nel duello: se quegli cioè, al quale è ben noto, che certi oltraggi costringono l'oltraggiato, per causa della sua condizione, a duellare, o quegli, che oltraggiato sfidò. Ma poichè qui non si parla di un delitto, che eseguisca il solo eccitato senza cooperazione dell'eccitatore, ma in cui partecipa l'eccitatore e l'eccitato, che lo commettono in comune, così l'idea d'un autore non si potrebbe affatto

applicare. 4) A torto chiamasi autore anche quegli, che intraprende un' azione, alla quale un altro partecipandovi commette, a motivo della sua condizione particolare, un delitto. Di ciò principalmente si tratta nella corruzione d'un impiegato, rispetto alla quale si affermò (3), che il corruttore è autore intellettuale. Ma questo non si può concedere; perchè a) la semplice offerta del donativo psicologicamente non basta ad astringere l'impiegato al delitto, per modo che il delitto dell' impiegato si debba imputar solamente al corruttore; perchè b) ciò non tradisce alcun alto grado di confidenza, riposta dallo Stato ne' suoi impiegati, sebbene il medesimo voglia punire *ogni tentazione* di essi; perchè c) nella maggior parte dei casi il donatore non ha la malvagia intenzione d'indurre l'impiegato a delinquere, ma considera il donativo come un lecito mezzo di eccitar l'impiegato al suo dovere; e d) non di rado la fama d'un impiegato è così divulgata dentro una certa periferia, che taluno non si arrischia di accostarsi al medesimo con le mani vuote.

§. 2.

Siccome lo spignere un altro al delitto dipende particolarmente dalla qualità dei mezzi impiegati, così fa d'uopo esaminare ancora le diverse specie d'autori.

A. Si afferma, che uno per mezzo di *mandato*, o di commissione, doventa autore. Ma vuol ragione, che si dubiti della verità di questa affermazione, presa nella sua generalità. 1) Il semplice mandato non basta a determinare un altro a commettere un delitto per la sola ragione, che uno gliene dà commissione. Il mandato

(4) Henke nel compendio della scienza di diritto penale, p. 323.

esattamente preso contiene solamente quel desiderio espresso, che nel diritto civile si riferisce alla trattazione d' affari altrui, e viene adempito, o per compiacenza, od in grazia d' un successivo onorario. Or mentre nel diritto civile il mandato basta ad obbligare taluno per l' affare, che per lui fu trattato da un altro; nel diritto criminale all' incontro, quando si tratta d' imputazione e di punizione di delitti altrui, la responsabilità non si può fondare sopra una semplice commissione: tanto più che un uomo, per via di un mero incarico ricevutone, non si risolve a commettere un delitto, e ad esporsi per sola compiacenza a tutte le conseguenze di esso. Domandi ogni criminalista a sè medesimo, se, dietro un semplice mandato, commetterebbe un omicidio, od un furto. Chiunque perciò si riferisce all' autorità del mandato altrui, e spaccia di essere stato determinato solamente da esso, doveva aver formato per lo innanzi la risoluzion di delinquere; per modo che la commissione si può giuridicamente considerare, come una ragione confermativa, ma non come la causa unica del delitto. 2) Tanto più si vuole andare in questa sentenza, in quanto che il mandato puro debb' essere, secondo le leggi (4), affatto gratuito, e così non può contenere molte ragioni di coazione psicologicamente efficaci. 3) Le leggi dichiarano (5) persino, che il mandato è diretto solamente ad incaricare di affari leciti e onesti, e non hanno per valido quello che sia rivolto ad azioni illecite. 4) Si confondono manifestamente casi diversi, e si ascende ad una soverchia generalità. Analizzando più esattamente i casi, che possono contenere un mandato, si osserva, che a) riposa sul fondamento di un occulto

(4) §. 13. Inst. *Mandati* — L. 1. §. 4. D. *Mandati*.
(5) §. 7. Inst. *Mandat.* — L. 6. §. 3. — L. 22. §. 6. D. *Mandat.*

comando; o che b) va congiunta all'incarico una minaccia di mali avvenire, che avranno luogo nel caso di commissione non adempiuta; o c) che al così detto mandatario fu promessa una determinata mercede, come, per esemplo, nell'omicidio prezzolato; o che d) all'incarico è unita una qualche seduzione e persuasione in certe relazioni allettative, per le quali una persona esercita preponderanza sopra di un' altra: come, per esempio, quando il servitore vive in relazione adulterina con la padrona, e da lei riceve la commissione di ucciderle il marito. Un tale incarico sarà certamente congiunto, o con la minaccia di rompere la detta relazione, in caso d'inadempimento, o con le promesse di matrimonio, e di altre utilità, e con seduttrici blandizie. Non è quindi il puro mandato, che rende autore taluno, ma sono i mezzi moralmente coattivi, collegati con esso, o relazioni personali, che forniscono d'autorità il mandante: e la dichiarazione delle leggi intorno alla penalità di questo fatto (6) dee riferirsi solamente a un mandato, accompagnato dalle suddette circostanze.

B. Anche l'affermazione, che il consiglio rende autore dell'altrui delitto, se si prende generalmente, non è vera. Nella più parte dei casi il consigliante apparirà ausiliatore di un delitto, fortificando un altro nella sua risoluzione, ed agevolandogli l'esecuzione. Il consiglio in fatti presuppone, che il consigliante si aggiunga ad uno, che era già disposto a delinquere, ma non ancora deciso rispetto al piano, ed ai mezzi di esecuzione. Per altro ancora il consiglio, se dato in un certo modo, può rendere autore; in quanto il consigliante for-

(6) L. 7. §. 5. D. *de jurisdiction.* — L. 11. §. 3. D. *de injuriis et fam. lib.* — L. 36. L. 52. D. *de furtis* — L. 5. Cod. *de accusat. et inscr.* — c. 6. §. 1. X. *de homicid.* c. 2. X. *de cleric. pugnant.*

nisca i suoi suggerimenti ad un uomo irresoluto, timido, e povero di spirito, e mediante una morale preponderanza lo assoggetti, e psicologicamente comunichi alla volontà del successivo agente la ferma direzione al delitto. Ma allora a) il consigliante debb'essere andato in cerca dell'altro, ed essere stato il primo a risvegliare in esso il pensiero del delitto; avvegnachè la semplice partecipazion del consiglio, se fu domandato da uno già risoluto a delinquere, non renda che ausiliatore. b) Il consiglio debb'essere complessivo, ed unito ad una certa seduzione e persuasione: e quindi dee contenere la lode del delitto, lo sviluppo delle sue utili conseguenze, l'esposizione dei mezzi migliori ad eseguirlo, e così somministrare all'altro una somma di ragioni determinative, che moralmente costringano la volontà del medesimo (7). Laonde se uno fa presente la sua spinosa situazione ad un altro, e questi lo consiglia seccamente a rubare, chè v'è assai ricca gente; questo consiglio, se il consigliato realmente ruba, non rende autore del furto il consigliatore. c) Il consiglio deve esser dato compiutamente, e quindi specialmente su di circostanze, rispetto alle quali l'altro, ignaro dei mezzi, non si sarebbe potuto aiutare da sè solo; perchè il semplice consiglio altresì non contiene tante ragioni determinative, che possano pienamente risolvere chi non è affatto risoluto. Uno, per esempio, che consigliasse un altro a fabbricare monete false, ma non gliene suggerisse i mezzi, nè il piano, si potrebbe difficilmente considerare come autore. d) Inoltre il consiglio dee dirigersi ad un determinato delitto, e non a delinquere in genere; perchè

(7) Quindi le leggi non si contentano del semplice consiglio, ma parlano sempre di seduzione, e di persuasione. V. L. 50. §. 3. D. *de furtis*. — L. 11. § 3. D. *de injur*.

il suggerimento generale rilascia al consigliato una periferia troppo estesa d'azione, e sta in una connessione causale troppo remota col particolare delitto, poscia trascelto ed eseguito dall'agente, perchè possa mettersi a conto del consigliatore. E ciò tanto più, in quanto che in un consiglio generale può ancora dubitarsi dell'esistenza del malvagio proposito.

C. Un mezzo precipuo, per cui uno diviene autore è il comando, mediante il quale il comandatore precisamente dichiara di volere imputato a proprio conto il delitto, e di considerare l'obbediente come un mero stromento. 1) Ciò per altro avvien solamente allorchè il comando è dato in tali relazioni, nelle quali un sottoposto era obbligato ad obbedire, com'è il soldato rispetto all'uffiziale: 2) allorchè l'ordine è espresso, e determinato, e diretto ad un dato delitto. Chi abbocca ciecamente delle parole gettate là dal suo superiore, e si accinge all'opera, non può rendere autore d'ogni delitto commesso il superiore medesimo. 3) Occorre, che il comando sia dato in tal forma, e sotto tali circostanze, che nel sottoposto non lascino dubbio alcuno intorno alla serietà dell'ordine. 4) Una special considerazione merita il comando dato dal padre di famiglia alla moglie, ai figli, ai famigliari. Qui bisogna cautamente applicare le leggi romane, che in simili casi dichiarano autore colui, dal quale si partì il comando (8); perocchè le cangiate relazioni domestiche non conoscono più l'antica prepotenza del marito e del padre. Quindi il semplice comando, che presso di noi dà il padre di famiglia alla moglie, ed ai figli, non ha tanto di forza psicologica, che basti a costringere il sottoposto, suo

(8) L. 7. §. 4. D. *arbor. furt. caes.* — L. 5. §. 14. D. *quod vi aut clam.* — L. 1. §. 12. D. *de vi et vi arm.* — L. 157. D. *de reg. jur.*

malgrado, al delitto. L'indipendenza della moglie e dei figli, fornisce loro pur sempre forza sufficiente a riguardare, come un semplice desiderio, il comando del marito e del padre; e la morale e il diritto insegnan loro del pari, che il comando non gli obbliga nelle cose illecite. Solamente relazioni particolari, nelle quali sia dato il comando, possono quindi rendere autore del delitto altrui il marito, il padre, il padrone: cioè a) se l'ordine è unito ad una coazione, o ad una minaccia; o se b) il marito ha tanta preponderanza sulla moglie timida, ed intieramente cieca per lui, che questa non abbia altra volontà che quella di esso; o se c) colui, al quale fu dato l'ordine, è così povero di spirito, e fiacco di volere, e il comandatore al contrario, per la sua violenza, o fortezza, si è circondato di tanto rispetto, che la sua volontà sia seguitata illimitatamente in famiglia; o se d) il comando sia congiunto con una seduzione preparata, con una destra ed astuta persuasione.

D. La violenza rende indubitatamente autore il violentatore, come quegli che sopprime ogni libera volontà nel violentato. Al contrario può esser dubbio il caso della minaccia. Solamente quella minaccia che presenta un male, la cui grandezza produce un giusto timore, e toglie la libertà della scelta, per modo che al minacciato non resta alcun dubbio intorno al sicuro ed inevitabile avvenimento di ciò, che egli paventa, può rendere autore il minacciatore. Quindi la quistione viene particolarmente decisa a) dal tenore del male minacciato, b) dalla qualità della minaccia. Non è sempre necessario, che il male minacciato sia presente. Basta anche la minaccia di un male futuro, quando essa venga fatta in circostanze, che mostrino al minacciato di non poterne, secondo ogni verisimiglianza, evitare l'effetto: come se per esempio al possessore di una casa isolata vien mi-

nacciato l' incendio, o se un impiegato universalmente diffamato minaccia un sottoposto. c) Per altro si ha sempre riguardo con tutta ragione alle relazioni particolari del minacciatore e del minacciato. Anche la minaccia di un piccolo male, fatta da un uomo coraggioso, audace, formidabile, o temuto, può somministrare ad un uomo timido, debole, e stupido tante ragioni determinative, che il minacciatore debba considerarsi infallibilmente come autore.

E. Anche per via di preghiere, e di persuasioni, può taluno, sotto certe relazioni, diventare autore del delitto altrui; quando esse vengano impiegate a) insistentemente e seriamente, b) da uno, che ha sull'altro una certa preponderanza, o c) in circostanze, che parlino a pro del pregatore. Uno, per esempio, si trova intricato in un processo criminale, relativo ad un fatto, di cui fu testimone un suo prossimo parente, od un suo intimo amico, e prega instantemente il testimone medesimo a deporre in suo favore contro la verità. In tal caso è cosa certa, che il pregatore è autore dello spergiuro. A lui in fatti convengono tutti i caratteri dell' autore; imperocchè senza di esso il testimone non sarebbe trascorso a falsare il giuramento, e le sue preghiere contennero sufficienti motivi per determinare l'altro allo spergiuro. Imperocchè le preghiere sono spesso più potenti di nna commissione, risvegliano la compassione, e specialmente continuate, ed accompagnate dalle lacrime, dalie rimostranze del misero stato del pregatore, da lusinghe, ed astute rappresentazioni, hanno benissimo l'efficacia di dare all' animo quella direzione, che più si desidera, specialmente se relazioni di parentela, o di amicizia inducano a cedere.

F. Finalmente facendo cadere in errore un altro, per produrre un delitto, si può doventare autore del mede-

simo. A dichiarazione di che riferirò il caso seguente. Una donna, che viveva in disunione col suo marito, sentì dire, che potevano esservi dei mezzi, atti a risvegliare in esso lo spento amore. Sufficientemente credula si accostò ad un vicino, che da luugo tempo covava un odio occulto contro il marito di lei, e che le dichiarò, che mediante l'impiego di una certa polvere, la quale era bensì di natura venefica, l'amore avrebbe potuto rinascere. In conseguenza del pericoloso esperimento il marito morì, ed il vicino dovè certamente soggiacere alla pena, come autore di questa morte.

In tutti questi casi (A—F) è necessaria una speciale cautela, ed una esatta valutazione delle relazioni, che intercedono fra l'autore e l'agente, non meno che delle loro personali qualità morali, intellettuali, e d'altra specie, ad effetto di poter distinguere la causa dall'occasione, e dalla semplice conferma.

§. 3.

Secondo quello, che affermano d'ordinario i dottori del dritto, l'autore dee soggiacere alla medesima pena, che colpisce l'agente (9). Nè si è voluta giustificar questa massima solamente a tenore del diritto comune, ma si è pur trapiantata nei moderni codici (10).

A. Per ciò che concerne il diritto romano è cosa certa, che secondo diversi passi (11) l'attività intellettuale è considerata punibile con egual severità della fisica: ma 1) si dimentica per altro, che nel diritto romano questo principio è conseguente al punto di vista subiet-

(9) Feuerbach, Revisione parte II. pag. 254, opina, che l'autore intellettuale debba punirsi anche più severamente del fisico.

(10) Codice di Baviera art. 45.

(11) L. 1. pr. — L. 15. § 1. D. *ad L. Corn. de sic.*

tivo, ed al riguardo predominante della malvagità di volere, e del danno intellettuale, prodotto dal delitto. A tenore di una legislazione, che fa dipender la pena dalla sola volontà, e non considera come decisiva l'attività esterna del delitto, in virtù della massima *dolus pro facto accipitur*, chiunque esprime chiaramente la volontà di delinquere, ed opera esternamente, perchè il delitto si compisca da un altro, deve equipararsi all'agente. Ma una tale egualità illimitata rispetto a tutti i delitti non è più applicabile, quando cambia lo spirito della legislazione penale, a diventa obiettivo. 2) Se non che di questa egualità si può dubitare anche nell'indicato rispetto, perchè il diritto criminale romano non conosce le consuete generalità pericolose dei moderni giureconsulti, ed impone al giudice di guardare alle circostanze particolari di ogni caso; perchè 3) in molti passi si tratta solamente di delitti privati e di risarcimento; 4) in altri non si parla che della punizione dell'autore in *certi delitti*, in cui le relazioni individuali giustificano bene l'egualità; e 5) la maggior parte delle leggi dicono solamente che l'autore dee punirsi come l'agente, senza ordinare perciò l'applicazione di una pena affatto eguale ad amendue.

B. Il diritto canonico in molti luoghi (12) e specialmente in quelli, nei quali è parola di penitenza ecclesiastica, riconosce il pareggiamento dell'autore e dell'agente: il che si comprende di leggieri; perchè, quando s'impone la penitenza, non può farsi differenza rispetto alla malvagità dell'intenzione. Per altro anche il diritto canonico contiene in molti luoghi la massima, che dee soffrire una pena l'autore, come l'agente, ed espri-

(12) 19. C. 23. qu. 5. c. 3. *de homicid.* in VI. c. 11. 18. X. *de homicid.*

me in un passo (13), che l' autore debb' esser punito meno dell' agente.

C. La constituzione carolina non pone per vero dire alcun principio generale intorno alla punizione dell' autore, e solamente in un luogo (14) dichiara, che l' instigatore allo spergiuro dee soffrire una pena eguale a quella dello spergiuratore. Ma da ciò si dedurrebbe a torto un principio generale; perocchè a) il caso della instigazione allo spergiuro è così speciale, che secondo le regole d' ermeneutica non è possibile un' estensione. Chiunque instiga allo spergiuro, affinchè un altro giuri a favore di lui, si trova in una particolar condizione, per la quale, se egli non era, lo spergiuratore non avrebbe avuto interesse a delinquere; ed in cui l' autore medesimo non poteva commettere il delitto senza di un altro, che vi figura come semplice stromento di lui, mentre l' instigatore è l' anima del fatto intiero, e l' unico vero autore del maleficio. 6) È notorio, che la Carolina si formò dai diritti usuali del suo tempo, e che contiene casi speciali solamente quando si presentano nelle collezioni delle consuetudini. Ora il motivo, per cui l' art. 107. della detta constituzione sottopone l' instigatore allo spergiuro e lo spergiuratore ad una pena eguale, sta nell' aver fatto precisamente lo stesso le precedenti collezioni delle consuetudini (15) c) Sebbene il diritto romano realmente ordinasse l' egualità della

(13) Ciò risulta chiaramente dal *can.* 6. §. 1. *X. de homic.*, dove si parla solamente di *poena fere pari*, che colpisce colui, che ebbe l' *animus occidendi*, ma non pose la mano all' opera. Il passo è tanto più decisivo, in quanto che partecipa ai giudici degli ordini generali intorno alla punizione.

(14) Art. 107. C. C. C.

(15) Capitular. reg. Francor. apud Baluz. (edit. venet.) tom. I. pag. 667. 883. 1126. — Edict. Theodorici c. 91. — Leges Wisigoth. lib. II. tit. IV. §. 8.

pena, quando si tratta di applicazione sussidiaria di quello fa d'uopo aver sempre davanti agli occhi il principio, che le disposizioni romane si possono usar solamente dove consuonino con lo spirito, e con la general veduta penale della Carolina, o si possano accordare con essa. Ma la penale ordinanza giudiciaria, uscita dai diritti usuali del medio evo, ai quali era straniero il punto di vista subiettivo, e determinata dal principio non ancora sparito del veregildo, riconosce assolutamente il punto di vista obiettivo, e quindi non punisce che secondo la relazione del fatto commesso, ed esige per l'applicazion della pena l'intervento di tutti i caratteri, che la legge dichiara necessarj all'esistenza di un determinato delitto. Ora il parificare l'autore all'agente, principio derivante dal punto di vista subiettivo, non è conseguente alla teorica penale, che serve di base alla Carolina, ed alla maggior parte del codici odierni.

D. Apparisce lucidissimamente, che questo pareggiamento non si può accordare con lo spirito dei codici moderni; 1) perchè la maggior parte di questi valutando anzi tutto il fatto, e graduando la pena a tenore di esso, sono principalmente obiettivi. Una legislazione, che punisce l'ausiliatore meno dell'autore, che gradua la pena del tentativo secondo la quantità dell'essenza legale di fatto, contenuta nel commesso delitto; che misura la pena del feritore secondo la durata della cura del ferito; non è conseguente, se punisce la sola cattiva volontà dell'autore, quanto il fatto medesimo dell'agente. 2) In veruno de' modi, per cui uno diviene autore, eccetto il comando e la violenza, si può affermare che il delitto sia nato *per sola cagione dell' instigatore*; il determinato dimostra sempre, che è stato agevole indurlo al delitto; e l'azione dell'instigatore non è da considerarsi, che siccome un tentativo, nel quale per al-

tro gli si deve mettere a conto la consumazion dell' agente. 3) È cosa contraria alla buona psicologia il parificar l' attività intellettuale alla corporea. Non si può dubitare della volontà e del desiderio del delitto nell' autore: ma fra la manifestazione di quel desiderio, tuttochè accompagnata dall' attività di semplici parole, e l' esecuzion del delitto, sta di mezzo un abisso. Solamente colui, che diligentemente ricerca e trasceglie tutti i mezzi; che spia l'occasione; che divisa il piano, e nel momento decisivo, in cui bisogna operare, non si lascia spaventare dal naturale orrore del delitto, nè dal timor della pena; che ha coraggio bastante a sfidare tutti gli ostacoli, a traversare tutti i pericoli, dimostra una malvagia volontà radicata, un vero *dolus malus*, che si palesa col fatto. Chi odia il proprio avversario, e dà ad un altro un incarico criminoso, in pochissimi casi avrebbe effettuato il delitto: i pericoli minaccianti lo avrebbero spaventato, il suo debol coraggio (e tale lo dimostra mediante il ricorso alla mano altrui) sarebbe rimasto abbattuto. Tutta l' attività dell' autore consiste solamente nel *parlare*: e quanto il parlare sia diverso dall' operare, quanto poco l' attivo in parole pareggi l' attivo in opere, è evidente di per sè, nè abbisogna di schiarimento ulteriore (16). 4) Ciò tanto più si conferma osservando, che l' agente, anche nel momento medesimo del delitto, ha varj mezzi per sottrarsi alla pena. Le leggi dichiarano impunito colui, che, essendo già nell' atto di delinquere, desiste per pentimento. All' autore, che diede una volta la commissione, in molti casi non riman questo mezzo; onde la condizione dell' autore

(16) Quindi lice affermare, che anche secondo una legislazione, che si fondi sul punto di vista subiettivo, l' assoluto pareggiamento dell' autore e dell' agente non si può giustificare.

non è da equipararsi a quella dell' agente. Questi si ritrae talora dall' intraprendimento, solamente perchè nell' atto di eseguire il delitto sente l' influenza di motivi sconsigliatori: per esempio delle preghiere compassionevoli di colui, che l' omicida vuol trafiggere, o dei solenni apparati del giuramento, delle serie e potenti esortazioni del sacerdote a dire la verità, delle rimostranze ed ammonizioni del giudice. Tutto ciò non influisce sull' autore. Questi non ode il supplicare dell' avversario, che avrebbe forse disarmato la sua rabbia: non possono risvegliarlo le commoventi esortazioni alla verità, le solennità religiose, le voci della coscienza: egli vien condannato, senza che lo Stato sia convinto, che colui, il quale ha il coraggio di parlare, sarebbe stato inaccessibile al pentimento. 5) In molti casi è affatto ingiusto il sottoporre l' autore alla medesima punizione dell' agente. Serva di schiarimento la seguente fattispecie. Nel 1813 A fu gravemente offeso da B, e nell' ira diede a C la commissione di applicare un colpo, com' egli si esprimeva, a B, e di ferirlo. Pochi giorni dopo A andò alla guerra, ed in capo a due anni fu criminalmente arrestato, perchè C, che aveva ferito B, dedusse di averne ricevuta commissione da A. A appena si ricordava dell' avvenimento accaduto due anni prima, eppure dovè esser condannato come autore. 6) In alcuni delitti l' autore non ha il carattere appartenente all' essenza di fatto del delitto, al quale partecipa; come, per esempio, nel furto. A consiglia B a rubare nella casa di C, perchè B possa provvedere al suo bisogno. Quivi A non ha menomamente l' *animus lucri faciendi, vel rem sibi habendi:* e ciò non ostante soggiace all' intiera pena del furto. 7) In altri delitti l' autore manca del tutto del motivo sconsigliatore, la cui sola esistenza constituisce la gravità del delitto. Uno, per esempio, senza veduta di

propria utilità, determina ad una intercezione un cassiere dello Stato; o fa sì, che un altro commetta un incesto. Chi può in simili casi affermare, che il consigliatore si debba punire, quanto l'agente? Dove si presenta nel primo il carattere fondamentale, che rende così severamente punibile il secondo? 8) Siccome l'esecuzione determina il grado di pena dell' autore; così, parificando l'autore all'agente, ne avviene, che l'autore medesimo è punito in ragione di una circostanza, che non dipende da lui, e che a suo riguardo è casuale. Per esempio è pura opera del ladro la quantità delle cose involate; poichè l'autore non ha fatto altro che consigliare in genere al furto. È egli giusto, che qui la pena sia fatta dipendere solamente dal caso?

Basti il finqui detto a destare almeno qualche dubbio contro la consueta teorica, a guarentire i giudici ed i legislatori dalle pericolose generalità, ed a ristringer la tesi, che l'autore e l'agente debbano soggiacere a pena eguale, per eccezione a quei casi, in cui il solo autore ha un interesse nel delitto, e si serve dell'agente per mero stromento; nei quali l'indole dell' attività dell'instigatore, e tutte le altre circostanze secondarie dimostrano in esso l'esistenza d'un malvagio proposito, che ha gettato profonde radici; ed in cui finalmente si presentano nell'autore i medesimi caratteri, che constituiscono la piena punibilità dell' agente rispetto al delitto commesso. Così la legislazione, corrispondendo meglio al suo scopo, eviterà di piantare nella parte generale la massima di un assoluto pareggiamento, la quale seduce così facilmente il giudice, e la prescriverà solamente in alcuni delitti, in cui può esser giustificata.

IX.

CONTRIBUZIONE ALLA DOTTRINA DEL CONATO A DELINQUERE (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOMO I. FASC. 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Introduzione.

La dottrina del conato a delinquere appartiene al numero di quelle, che sono le più difficili del criminale diritto. — Non di rado avviene, che il delinquente pienamente risoluto non raggiunga del tutto il suo fine. O la sua inettitudine gli pone in mano un mezzo assolutamente inefficace ad eseguire il delitto, o il pentimento gl' intima in tempo di desistere dall' opera incominciata, o vi si mescola il caso, e sconcerta l' avvenimento delle conseguenze pigliate di mira. In tutte queste circostanze il delitto si chiama *tentato*. — Qui non occorre fornire una trattazione complessiva della dottrina del conato, perchè i criminalisti hanno già fatto molto di eccellente per la formazione di essa, e le moderne legislazioni hanno troncato molte antiche controversie, ed i punti capitali sono stati più esattamente determinati. L' autore di questa dissertazione non ha altro intendimento che quello di presentare alcune osservazioni al pubblico esame.

§. 2.

Caratteri del conato in generale.

Chiunque ha tentato, deve I) avere avuto uno scopo, al quale s' indirizzò il suo intraprendimento. Chiunque, per esempio, fa dei tentativi chimici, ha lo scopo scientifico di sperimentare, se dai medesimi derivi un certo favorevole risultato. Noi al contrario non parliamo giammai di tentativo, se uno pigliò a fare una cosa, la quale stava in connessione *casuale* con un certo successo, a cui l' agente non rivolse il pensiero. II) Debb' essere stata già effettivamente intrapresa un' azione determinata per raggiugner lo scopo. E perciò di colui, che è solamente risoluto, ma che non ha ancora pigliato a fare alcun atto, noi diciamo, che vuol tentare, e non che ha tentato. III) Il fine mirato non dee per anco essere stato raggiunto; perchè, ov' altro fosse, non parleremmo più di tentativo, ma ci fermeremmo al successo riuscito.

Applichiamo questi caratteri, che si presentano nel tentativo in generale, al tentativo di un delinquente. I) Dee l' agente avere avuto una mira delittuosa, essersi proposta l' esecuzion di un delitto. II) Dee di più aver manifestato quella ferma risoluzione per mezzo di azioni effettive. Così noi parliamo del tentativo di furto, quando il risoluto di rubare si arrampica su per la scala, o stende la mano ad afferrare la cosa. Finchè è solamente risoluto di delinquere, e non ha ancora cominciato ad operare, non parliamo di tentativo. III) Al tentativo è contradittoria la consumazion del delitto. Tostochè esistono compiutamente tutti i caratteri, che la legge richiede per l' essenza di fatto di un dato delitto, il delitto è consumato. Subitochè all' incontro l' azione de-

littuosa, quando la legge non esiga che quella pel delitto (come per esempio nel furto) non è pienamente terminata, o, quando la legge richiede pel corpo di un delitto un dato effetto (come per esempio nell'omicidio), questo effetto medesimo non è avvenuto, noi appelliamo il delitto solamente tentato. IV) Inoltre l'idea del conato, o della consumazione, è indipendente dalla possibile applicazione della pena ordinaria. a) Un' azione obiettivamente delittuosa può talvolta andare affatto impunita, tuttochè sia consumata: e quindi b) mancando semplicemente il *corpus delicti*, non può nemmeno parlarsi di tentativo. Nell'infanticidio, a modo d'esempio il delitto può apparire intieramente consumato: ma l'impossibilità della sezione fa mancare il *corpus delicti*.

Il giudicare, se vi sia tentativo, o consumazione, dipende semplicemente dalla *qualità* dell' azione, e dal successo, non già dall' opposizione alla legge.

§. 3.

Fondamento della penalità del conato.

Se si domanda, quali sieno i requisiti, perchè il tentativo di un delitto si possa punire, bisogna, che la risposta sia molto diversa, secondochè si parte dai principj del sistema della giustizia penale relativa, o della assoluta.

Secondo il primo si farà punire il conato, subitochè l'agente ha dimostrato di aver voluto commettere un' ingiustizia. La teorica della correzione trovasi autorizzata in tal caso all' applicazion della pena, perchè si propone di mutare la ingiusta volontà del delinquente. Secondo la teorica della prevenzione, la ragion di punire il conato sta nel timore di mali futuri, nel de-

siderio di prevenire il pericolo, che minaccia lo stato giuridico. In simil guisa la teorica dello spavento deduce dal suo scopo il diritto di punire il conato.

Tutte queste teoriche della giustizia penale relativa, secondo le quali la pena dee sempre raggiugnere un fine esterno, ed è quindi applicata per motivo del futuro, convengono, rispetto alla punizion del conato, che 1) la pena è giustificata dall'esistenza della malvagia volontà, pericolosa allo stato giuridico, ed esternata dall'agente col suo intraprendimento; che quindi 2) si guarda principalmente alla malvagia intenzione; e che 3) si applica la pena ad effetto di opporre un argine contro il futuro prorompere di disposizioni delittuose.

Al contrario la teorica della giustizia penale assoluta non indirizza la pena, che è un vero contraccambio di un maleficio commesso, nè al futuro, nè all'idea del pericolo: essa guarda, nel punire, solamente al passato, e non punisce che quando l'ingiustizia è stata realmente commessa, solamente perchè è stata commessa: anch'essa offre ai giudici, per valutare l'ingiustizia, una misura, sicuramente ed esternamente riconoscibile, che non dipende dalla semplice intenzione, ma sta nell'azione del malfattore medesimo. Quindi la pena può aver luogo solamente, quando nell'azione commessa si trovano i caratteri d'una violazione di legge, e quando l'azione, tanto esternamente riconoscibile ed indubitabile, quanto delittuosa, apparisce per modo, che l'agente, il quale ha pure contro di sè una *praesumtio doli ex re*, non si possa affatto purgare dal delitto.

Riman fedele a questi principj una giusta teorica anche nella punizion del conato a delinquere, e punisce, non per via della semplice intenzione malvagia e del pericolo, ma solamente allorchè si trovi nel tentativo una vera violazione di legge, e soltanto in gra-

zia di questa. Nella valutazione di sì fatta violazione non decide, che la misura esternamente riconoscibile, vale a dire la *qualità dell' azione*. E siccome si tenta, o s' intraprende sempre un *determinato* delitto; così l' azione commessa dal tentatore debb' esser tale, quale la rappresentano come punibile le leggi, che colpiscon di pena questo determinato delitto, affinchè la pena di esso possa cadere su di quella, come su di un' azione *contraria alla legge*. Quindi nell' azione del tentatore debbono essere tutti quei caratteri, che, secondo il decreto della legge, appartengono all' essenza di fatto del delitto, che è stato pigliato di mira. Si può facilmente intendere, che ogni legge, la quale punisce un dato delitto, si riferisce tanto alla consumazione, quanto al tentativo di esso, in quanto che nel decreto legale sia un duplice comando di non commettere certe azioni contrarie alla legge: vale a dire 1) il comando di non principiare l' azione ingiusta; per esempio dell' omicidio, del furto, dell' incendio ec.; 2) di non consumarla. Chiunque incomincia una tale azione proibita, chiunque la compie, ha trasgredito la legge penale, e per questo è punibile.

Da ciò si raccoglie, che 1) il fondamento della punizion del conato è riposto nella sola esistenza dell' ingiustizia effettivamente commessa, cioè nella vera trasgression della legge; 2) che il conato può esser punito solamente perchè il divieto, che fa la legge di certe azioni delittuose, comprende anche il semplice intraprendimento delle medesime; 3) che per altro una punizione può aver luogo solamente in quanto l' azione è tale, quale debb' essere per potersi chiamare illegale nel senso della legge proibente.

§. 4.

Condizioni obiettive — Della penalità del conato.

Se i principj posti di sopra debbono severamente condursi alle loro applicazioni, bisogna guardare di preferenza all'azione. Da essa risulteranno certi caratteri (condizioni obiettive), i quali come rendon punibile il consumato delitto, così determinano ancora la penalità del tentativo.

I. Ad ogni delitto appartiene un obietto determinato, contro i diritti del quale è rivolta l'azione criminosa. Anche questo obietto deve avere una qualità propria, affinchè l'assalto criminoso sia possibile sul medesimo. Senza un tale obietto in genere, e senza una simile qualità, il delitto non è escogitabile. Così, per esempio, appartiene, come obietto, all'Infanticidio un infante, ed un infante vivente: appartiene, come obietto, al procurato aborto un embrione, e perciò la gravidanza della persona, che fa uso di mezzi obortivi: appartiene all'incesto una persona congiunta di parentela, e all'adulterio una donna, con cui l'impudico non sia coniugato. Or siccome il consumato delitto desidera, per la sua idea, l'esistenza d'un obietto determinato, perchè senza di questo non esisterebbe; così ancora il tentativo punibile di quel delitto debb' essere nella stessa guisa determinato dall'esistenza del medesimo obietto.

II. Ad ogni delitto appartengono ancora certi mezzi, che formano l'azione delittuosa, e che hanno esattamente quella qualità, che le leggi richiedono per la essenza di fatto di quel determinato delitto, di cui si tratta. All'omicidio appartiene un mezzo *mortifero*, cioè così fatto, che possa produrre la morte; al veneficio appartiene il veleno; al procurato aborto, un mezzo abor-

tivo ec. In tutti questi casi esiste un mezzo, che sta in connessione intima col successo, pigliato di mira dal delinquente, e senza il quale viene a mancare il delitto. Or siccome nel delitto tentato l' azione delittuosa debb'essere essenzialmente la stessa che nel consumato, così appartiene al conato punibile anche il mezzo delittuoso di causal connessione.

§. 5.

Essenza di fatto del conato a delinquere.

Alcuni moderni scrittori, declinando da ciò, che si è detto finora, hanno sostenuto, per fondare la penalità del conato, che l' idea di esso non è che relativa, come quella, che dipende sempre dall' intenzione individuale dell' agente.

Si conchiuse di più, che alla penalità del conato basti in genere, che uno volesse commettere un delitto con malvagia intenzione, e che a questo effetto eseguisse comunque un' azione esterna, ch' ei riputasse corrispondente al suo fine.

Questo principio viene a sostenere due cose: a) che nel valutare la penalità dell' azione non si debba far caso che della sola intenzione; b) che il conato di un delitto abbia un' essenza di fatto onninamente diversa da quella del consumato delitto, che si sarebbe voluto commettere.

Nè l' una, nè l' altra di queste affermazioni può esser giustificata. La prima non è conciliabile 1) con la ragione per cui si punisce il conato, che dee consistere in una trasgressione di legge, ed in una tal trasgressione, che non sia solamente nell' intenzion dell' agente, ma ancora nella qualità della sua azione. 2) Se il prin-

cipio, che guarda soltanto all' intenzione, fosse vero, si dovrebbe punire ancora la semplice risoluzione, o almeno qualunque azione, anche remotissima, che manifestasse la malvagia volontà. 3) Se si volesse esser conseguenti, sparirebbe, quanto alla pena, ogni differenza fra il tentato e il consumato delitto. 4) Non si troverebbe più alcuna certa misura per l' applicazion della pena, e si potrebbe giuridicamente punire solamente quando vi fosse la confessione, perchè, fuori di questo caso, non si ravviserebbe la condizione. 5) Bisognerebbe venire ad una serie di ridicole conseguenze, ognorachè l' agente avesse preteso di commettere il suo delitto in un modo insensato, e non corrispondente allo scopo (*V. più sotto al* §. 9. *e* 10). 6) Inoltre uno si convince facilmente, che tutto questo principio si fonda sopra di una confusione. L' intenzione in fatti come *medium*, che fonda l' imputazione dell' atto sulla volontà dell' agente, si è confusa con l' intenzione, che dee per sè sola tramutare in delittuosa un' azione. Affinchè si possa trattare di pena, l' azione obiettivamente illegale debb' esser commessa con malvagia intenzione: ma l' intenzione per altro non può convertire in delittuosa e punibile un' azione, che, giuridicamente considerata, sia del tutto indifferente, o conforme alla legge. Il principale del delitto sta sempre nell' azione: e dove ci allontaniamo da questo punto di vista, si perde tosto ogni sicuro contrassegno riconoscibile; la pena divien dipendente da una condizione, che è interna, e che si connette solamente col morale; l' arbitrio penetra nel diritto penale; spariscono le linee di confino tra il foro interno e l' esterno; e si viene a dire, che il tentativo di un delitto abbia un' essenza di fatto diversa da quella del consumato delitto, che si voleva commettere.

Se non che a questo principio si oppone 1) la na-

tura delle leggi penali, che sempre sottopongono a pena certe *azioni*. (Tu non devi uccidere, non devi rubabare, non devi propinare il veleno). Ora è inconseguente, che nel conato, il quale differisce solamente di grado dalla consumazione, non si debba aver più riguardo a queste azioni sottoposte alla pena. 2) Lo stesso principio conduce a stabilire assurdamente, che il giudice debba nel solo caso di consumazione informarsi della esistenza di tutti gli estremi, che la legge debitamente prescrive per la essenza di fatto del delitto; per esempio, della esistenza del veleno, delle ferite mortali ec. Se manca un estremo, o non si può sufficientemente ravvisare, le leggi permettono di applicare una pena molto più mite, o comandano, che il giudice decreti, secondo le circostanze, che nulla esiste di criminoso. Ma nel caso di conato non si potrebbe affatto disputare di questi estremi, e converrebbe punire senza riguardo ai medesimi; onde non di rado si verrebbe a decretare una pena più severa nel delitto tentato, che nel consumato. 3) La ricerca intiera della essenza di fatto (per esempio l'indagare accuratamente nell' infanticidio, se l'infante abbia vissuto, e nel veneficio, se sia stato effettivamente ministrato un vero veleno) diviene totalmente superflua, subitochè si sappia, che il delinquente ebbe una malvagia intenzione. 4) La stessa constituzion delle leggi, che assegnano ad ogni delitto certi estremi, e ne formano l'essenza di fatto, è una cura inutile, dove si guardi soltanto all' intenzione. Imperocchè, quando le leggi richiedono per l' infanticidio un infante vivo, pel veneficio il veleno, questa disposizione rimane incontanente abolita dalla massima, che il conato punibile d' un infanticidio si può commettere ancora su di un infante non vivo, e che quello del veneficio si può eseguire anche con lo zucchero, purchè

fosse nel delinquente la malvagia intenzione. 5) Apparisce ancora, che i delitti non si possono più obiettivamente distinguere secondo la loro essenza di fatto, e che la sola intenzione dà il tracollo alla bilancia. 6) Di più non esiste altrimenti il conato di un delitto speciale, ma un conato a delinquere in genere; perchè non volendo aver riguardo ad alcun estremo, sarà punibile anche l'azione la più indifferente, sol che sia verificata la qualità dell'intenzione: e la medesima azione constituirà venti delitti diversi, secondochè l'intenzione fu diretta all'uno, od all'altro. 7) Finalmente è noto, che quasi tutti i codici hanno ordinato, che la pena del tentativo si regoli secondo quella principale, a cui soggiace il consumato delitto. Nessun codice assegna una separata essenza di fatto al conato: ma riferisce il conato alla consumazione, e rimanda all'essenza di fatto del consumato delitto.

Se uno si ferma ad una distinzione severamento obiettiva dei delitti, se si riflette, che il conato differisce solamente di grado dalla consumazione; non si può esitare a riconoscer per vero, che nel conato di un determinato delitto si debbono presentare tutti quei caratteri, che la legge richiede per la essenza di fatto del delitto pigliato di mira, e che la differenza deę solamente consistere nel non esser l'agente con la sua *azione delittuosa* giunto tant'oltre, quanto richiedon le leggi, perchè il delitto si consideri consumato.

§. 6.

Nozione ed estensione del conato punibile.

A tenore dei caratteri finqui accennati, il conato punibile di un delitto si potrebbe definire: « un'azione

» esterna illegale intenzionalmente intrapresa, come mez-
» zo ad eseguire un delitto, con la quale per altro il
» delitto, secondo la sua idea giuridica, non è stato in-
» tieramente compiuto ». Per vero dire in questa nozione noi rivolgiamo sempre il pensiero al solo autor fisico di un delitto: ma siccome un delitto non si commette solamente con fatti fisici, che rifiiutino l' altrui cooperazione; siccome anzi uno, senza perfezionar da sè solo il fatto principale, può unirsi in diverse maniere ad un agente fisico, ed in tal modo eseguire un delitto; così anche la nozion del conato si può estendere a tutte le specie di questa partecipazione.

Tutti i partecipanti delittuosi, che non sono fisici autori, sembrano aggiungersi ad un fisico autore, che forma il centro dell' esame. Ora nel giudicar l' ingiustizia di un sì fatto partecipante, o 1) si può aver solamente riguardo alla qualità dell' azione speciale, per cui mezzo egli si è aggiunto al delitto, eseguito dal fisico autore (per esempio, alla qualità del comodo prestato al delitto, alla somministrazion del pugnale ec.); o 2) si può aver riguardo al modo, in cui fu eseguito dal fisico autore il delitto, al quale si è aggiunto il partecipante.

Secondo questo duplice riguardo, anche la nozion del conato si applica in una doppia maniera.

1) O il partecipante non ha terminato ancora d' impiegare la propria ingiusta attività, o con tutto ciò non è arrivato compiutamente alla meta:

2) O il delitto, a cui egli partecipò, non è stato consumato dal fisico autore.

A tenore di questi rispetti si debbono considerare le singole specie di partecipanti.

A) Per ciò che concerne l' autore intellettuale, 1) il conato della sua delittuosa attività esiste finchè egli non giunse a determinare effettivamente alla risoluzione

ed al fatto colui, che dovea fisicamente eseguirlo: quando, per esempio, ha già comunicato il suo consiglio, o il suo mandato, ma l'altro non ha ancora pienamente acconsentito. 2) Al contrario non potrà punirsi per via di conato, se ha solamente il desiderio di determinare l'altro, se cerca occasione di guadagnarlo, se non fa che lusingarlo in generale, se gli fa dei donativi, senza avergli ancora dato espressamente l'incarico. 3) Ma se l'instigatore ha già effettivamente determinato il fisico autore, e questi ha solamente tentato, senza aver potuto ancora consumare il delitto; la pena del conato del fisico autore influirà ancora sulla penalità dell'intellettuale. In fatti, sebbene la sua propria ingiustizia (per esempio il consiglio, o il mandato) sia consumata; pure il delitto non è ancora intieramente eseguito. L'autore intellettuale viene, rispetto alla pena, totalmente parificato al fisico: e non soffre che la pena del delitto tentato, perchè ancora non esiste altra ingiustizia punibile.

B) Anche nel coautore non si può presentare 1) che il conato della sua delittuosa attività, la cui importanza lo parifichi al fisico autore, se, per esempio, ha promesso di aprir la porta al malfattore risoluto all'omicidio, e la sera determinata lo aspetta, ma, prima ch'ei giunga, viene scoperto e arrestato (1). 2) Per altro dalla parte del coautore, che ha intieramente compito la partecipazione promessa, non vi può essere che tentativo, quando il fisico autore, a cui prestò soccorso, non potè consumare il suo delitto, perchè, per esempio, nel punto, in cui voleva uccidere il proprio avversario, fu

(1) Questo caso potrebbe offerirsi in due modi: 1) se l'autor fisico non fa nulla, perchè desiste, per esempio, per pentimento dall'esecuzion dell'impresa; 2) se l'autor fisico nel medesimo tempo eseguisce *in un altro modo* il delitto, perchè trova per esempio un'occasione anche più opportuna.

arrestato. Siccome qui tutto si aggira intorno alla pena dell' autor principale, come intorno al centro; anche in questo caso il coautore non potrebbe esser colpito, che con la pena del tentativo.

C) Lo stesso è da dirsi dell' ausiliatore. Anche questi 1) o può non aver prestato l' aiuto, che aveva promesso, o dopo averlo cominciato, e, prima che l' autore ne traesse profitto, può essersi ritirato, nel qual caso si tratta d' *aiuto tentato* (2); o 2) egli può aver già pienamente prestato l' aiuto promesso, senza che sia stato consumato il delitto intrapreso da lui, e dal fisico autore (3).

D) Finalmente questa doppia specie di conato è applicabile ancora al favoreggiatore. 1) Egli può aver cominciato il favoreggiamento, avendo, per esempio, ricevuto le cose rubate, senza averle ancora vendute; o 2) può favorire uno, che ha solamente tentato un delitto.

Qui la punizione si regolerebbe secondo quella dell' ausiliatore.

§. 7.

Casi di tentativo impunito — 1) in genere.

L' impuuità delle azioni, che hanno sembianza di tentativi, si verifica, tostochè non si presentano quei caratteri, 1) che appartengono al conato in genere (§. 2), 2) che rendono punibile il conato (§. 4.)

Quindi il tentativo deve andare impunito 1) finchè

(2) Uno, per esempio aveva promesso aiuto, come ausiliatore di primo grado ad un omicidio. Qui la pena ordinaria dell' omicidio si dovrebbe abbassare fino alla pena dell' ausiliatore di primo grado, e solamente secondo questa pena computata per l' ausiliatore, si dovrebbe regolare la pena del conato. — V. l'art. 88. del cod. pen. di Baviera.

(3) Il codice di Baviera dispone in tal caso, che la pena dell' ausiliatore (sempre ne' termini della pena del conato) debba esser quella, che merita il delinquente principale — art. 81.

non è stata intrapresa un' *azione esterna* dall' individuo risoluto a delinquere. Semplici desiderj, minaccie, parole precedenti (per esempio di volere uccidere un altro), anche la confessata esistenza della passione pericolosa (per esempio dell' odio), non saranno quindi oggetti di pena criminale. 2) Andrà impunito quel tentativo, per cui l' agente, ancorchè avesse consumato il fatto, non potrebbe ciò non ostante punirsi, o perchè a) non esiste legge nello Stato, la quale dichiari punibile l' azione, tuttochè sia un delitto in altri Stati; o perchè b) la legge penale, che vige, non può essere applicata, in quanto che per esempio è corsa la prescrizione; o perchè c) vi sono motivi, che sopprimono l' imputazione. In tutti questi casi la impunità è incontroversa: ma se ne presentano ancora degli altri, in cui non è così indefinitamente concessa, e sui quali perciò non sarà superflua una più diligente considerazione.

§. 8.

Casi di tentativo impunito — 2) per difetto di malvagia intenzione.

Sembra non esservi bisogno di provare, che quando si commettano azioni, le quali per la loro indole possono di leggieri produrre effetti dannosi, ma che non gli hanno realmente prodotti, e che abbiano il carattere della così detta *culpa*, non possa aver luogo alcuna pena, e che perciò non si dia *tentativo colposo* (4). Ma siccome qui si fa controversia, e si è voluta affermare

(4) Per esempio: uno appicca il fuoco ad una materia combustibile presso ad una capanna di strame, o tira un'archibusata vicino ad una folla di gente. Avrebbe potuto derivarne danno, ma non è derivato. È questo un tentativo colposo d'incendio, o d'omicidio?

l'esistenza di un tentativo, non bisogna trapassar questo caso sotto silenzio.

Per vedere, che tentativo non esiste (5) basta riflettere; 1) che, dietro i generali caratteri esposti nel §. 2. non è escogitabile un tentativo senza intenzione, o scopo d'intraprendere una data azione, per giugnere ad un dato risultato; 2) che quando il tentativo colposo si dovesse punire, bisognerebbe che soggiacessero alla pena le azioni le più indifferenti; 3) che una tal punizione si oppone all'essenza della *culpa*, in quanto che le leggi in tutte le trasgressioni colpose richiedono l'esistenza di un dato successo illegale, cioè di un danno effettivamente prodotto; 4) che, senza questo successo, non si potrebbe nemmeno determinare qual fosse la legge penale violata, perchè il solo avvenimento decide a qual genere di delitti appartiene il fatto colposo. In fatti un'archibusata può uccidere un uomo, o ferirlo, o mettere in fiamme una casa.

Fa d'uopo ancora parlare del caso, in cui l'intenzion dell'agente è per vero dire illecita ed immorale, ma non delittuosa. Se uno per esempio dà dell'argento vivo alla moglie, che gli è superiore di forza, e lo maltratta, perchè un amico gli ha detto, che con questo mezzo si può toglier la forza: o se una fante innamorata del padrone stempera nelle vivande servite a lui ed alla sua moglie alcune sustanze, innocue in sè stesse, per far nascere la discordia fra i coniugi, e condurre più facilmente l'uomo all'amore di sè; in veruno di questi casi si può parlare di tentativo punibile, perchè non ha avuto luogo alcuna intenzione delittuosa.

(5) Quando si sostiene, che *tentativo colposo* non si dà, non intendiamo di dire, che il negligente, che ha cagionato tanto pericolo, non possa soggiacere ad una punizione di polizia.

§. 9.

Casi di tentativo impunito. — 3) *per la scelta di mezzi affatto inidonei allo scopo.*

V' hanno sovente individui risoluti a delinquere, che goffamente scelgono mezzi insensati ed incapaci ad eseguire un delitto (per esempio preghiere o mezzi simpatici per uccidere), o se ne trovan dal caso posti in mano, loro mal grado, di quelli, che non possono in alcun modo annoverarsi fra i qualificati per delittuosi dalla legge (come se uno, per esempio prende dello zucchero in vece di veleno).

Anche in simili casi esiste per vero dire un tentativo secondo l' intenzion dell' agente: ma vi manca la condizione della penalità (§. 4.), onde si chiama a ragione un tentativo impunito. Il che apparisce anche meglio, se si riflette, 1) che lo Stato non punisce il tentativo, perchè l'agente ha mostrato di voler commettere un delitto, ma solamente perchè è stata effettivamente commessa un' ingiustizia; che lo Stato punisce certe *azioni delittuose*, contro le quali era diretta la legge penale, ma che il carattere del delitto si dee ritrovare nella *qualità* delle medesime. 2) Ogni codice ammette in ogni separato delitto una particolare essenza di fatto del medesimo, ed esige per esempio nel veneficio il veleno, nel procurato aborto i mezzi abortivi. Questa particolare essenza di fatto, e la sua esistenza, è condizione dell' applicazion della pena. Anche il tentativo di un dato delitto deve, perchè si possa punire, avere questa particolare essenza di fatto (§. 5.). Or se uno vuole uccidere il proprio avversario col veleno, e non gli propina che zucchero, manca l' essenza di fatto del veneficio, alla quale non appartiene lo zucchero, ma

un vero veleno. Qui, secondo l' opinion dell' agente, esiste per vero dire un tentativo: ma lo Stato non può punirlo, perchè non vede alcun elemento dell' essenza di fatto, da lui stabilita come condizione dell' applicazion della pena. 3) Se si concede, che la semplice intenzione non si può punire, e poi, pigliando ad analizzare l' azion di colui, che propinò solamente lo zucchero, si trova, che non esiste alcuna ingiustizia *nel dare a bere lo zucchero*, ma può soltanto presumersi un' ingiustizia nella *volontà di propinare il veleno*; o bisogna, per serbar fede al principio che la sola intenzione non è punibile, astenersi dall' applicare ogni pena, o distruggere, quando si voglia punire, una massima capitale di criminale diritto. 4) L' impunità di questo tentativo apparisce anche meglio, se si pensa, che tutte le legislazioni distinguono i varj delitti secondo i mezzi, onde si vale l' agente, o secondo la diversa qualità delle azioni. Quando per esempio la legge richiede la violenza nello stupro violento, e nella lussuria involontaria l' abuso dello stato, in cui la fanciulla non si poteva difendere; bisogna bene attenersi a questi caratteri, e determinare da essi anche il tentativo di tali delitti. 5) La distinzione ancora delle singole specie di delitti prova, che tutto dipende da una data qualità dei mezzi adoprati. Se per esempio al furto pericoloso appartiene lo scalamento, ed al furto armato l' uso dell' armi; gli stessi caratteri appartengono ancora al tentativo del furto pericoloso, od armato. Se questo è vero, e se la legge richiede c e r t i m e z z i; il giudice, per applicare la pena, non si può contentare di altri, che non sieno dell' indole voluta dalla legge (6).

(6) Questo è della più grande importanza, specialmente in alcuni delitti, come per es. nell' alto tradimento. Quando la legge non designa quivi azioni precisamente determinate, che constituiscono

L'impunità dell' indicata specie di tentativo sembra ricever conferma, se si prendono ad esaminare le conseguenze, che derivano dall' opposta opinione di alcuni moderni criminalisti, secondo i quali si dovrebbe al tentativo applicare la pena, anche quando l'agente avesse scelto un mezzo affatto inidoneo. 1) Tostochè una legge punisse ancora colui, che ministrò solamente lo zucchero, o che volle con mezzi simpatici uccidere l'avversario, dovrebbe dichiarare ad un tempo, che i delitti non hanno più alcuna particolare essenza di fatto. Se per esempio A vuole incendiare la casa del suo vicino, e fa a questo effetto delle orazioni, o vi applica dei sortilegj; se B vuol carnalmente abusare della sua bella vicina, ed a tal effetto si serve di mezzi simpatici; se C vuole uccidere per via d' imprecazioni il proprio avversario; questi son tre delinquenti, ognuno de' quali ha scelto il mezzo della simpatia, come opportuno, secondo la sua opinione, al delitto, che aveva preso di mira. Or se fosse vera l'opinion di coloro, che qui ammettono conato punibile, A dovrebbe punirsi per tentativo prossimo d' incendio; B, di stupro violento; C, d' omicidio. Ognuno soffrirebbe una pena particolare, senza che si presentasse in alcuno l' essenza di fatto del delitto, per cui sarebbe punito. Ed allora, o si vuole applicata una pena eguale ad A, a B, ed a C, e non occorre più darsi pensiero di alcuna essenza di fatto; o si vogliono diversamente punire secondo il delitto respet-

l' alto tradimento, la malvagità e la tirannide trova mezzi pericolosi di nuocere. Se la legislazione si avvede di ciò, e dichiara precisamente quali azioni constituiscono l' alto tradimento, bisogna stare ad esse, e non ammetterlo, violando la massima, in altre azioni, perchè vi è l' intenzione, quando la legge non le ha nominate. Procedendo così si verrebbe a dire, che la precisa determinazion della legge è superflua.

tivamente mirato, ed in tal caso si viene a dichiarare, che non si guarda ad una differenza obiettiva del delitti, che si toglie di mezzo la loro particolare essenza di fatto, e che al principio di ogni codice bisogna scrivere: « Chiunque vuol commettere un delitto, di qualsivoglia natura sieno i mezzi, che sceglie a questo effetto, è delinquente » (7). 2) Se si vuol sostenere l' opinione della penalità, bisogna indicare al giudice un criterio, a tenore del quale egli debba applicare le varie pene. A ha voluto incendiare, B ha voluto violentemente stuprare, C ha voluto uccidere. Tutti e tre hanno voluto arrivare al loro fine per mezzo di orazioni. Or siccome non esiste alcuna differenza obiettiva, farà d' uopo, che la legge dichiari, che la qualità dell' intenzione dà la tratta alla bilancia: in grazia della qual tesi il diritto criminale perde ogni suo fermo principio. 3) Subitochè non si vuol più guardare all' idoneità ed all' indole dei mezzi, si urta nelle maggiori difficoltà nella prova dei delitti. Se nella punizione si considera la qualità dell' azione, il giudice trova una facilità; perchè dall' azione ingiusta, obiettivamente riconoscibile, può dedurre la malvagia intenzione, e così *praesumere dolum ex re*. Quando, per esempio, si sorprenda A nell' atto di porre delle materie combustibili sotto il tetto di paglia del vicino, o di versare il veleno arsenicale nel bicchiere dell' avversario, non abbiamo bisogno di scoprir l' intenzione. Ma una tal *praesumtio doli ex re* è inapplicabile affatto, se l' agente scelse un mezzo del

(7) Quando la legge richiede, per esempio, nel delitto di procurato aborto i mezzi abortivi, ed il giureconsulto vuole ammettere il tentativo ancorchè i medesimi non si presentino, si viene a fare questo ragionamento: « All' idea del procurato aborto appartiene un « mezzo abortivo: ma si punisce ancora colui, che non adopera alcun mezzo abortivo ».

tutto indifferente, come se volle, per esempio, uccidere con gli scongiuri, o propinò lo zucchero. Dove si voglia punire anche questo agente, o bisogna distruggere l' ordinaria teorica probatoria, edificata sopra sicuri fondamenti, la quale non fa mai dipender la pena dalla sola confessione, o bisogna concedere che si verrà ad ogni modo all' impunità di questi pretesi delinquenti; perchè chiunque volle uccidere con gli scongiuri, o propinò lo zucchero, non dee che negare la propria intenzione, per non esser convinto. 4) Inoltre l' opinione, che trascura l' indole dei mezzi, sembra condurre necessariamente *ad absurda*. In fatti, per esser conseguenti, è mestieri affermare, che si debba colpire con la pena del procurato aborto quella fanciulla incinta, la quale, seguitando il consiglio d' un medico, che la volle rimuovere dal delitto, prese ogni giorno due cucchiajate di polvere, che era semplice zucchero, nella fiducia di sconciarsi, e poi partorì un sano bambino. Fa d' uopo punire di furto armato colui, che entrò nella casa con la guaina vuota; di offeso onore officiale colui, che per disprezzo non fece di cappello ad un impiegato; di corruzione colui, che diede ad un giudice un rotolo pieno di sabbia piuttostochè di monete; di falsità colui che soppresse il testamento falso, ed ignorantemente produsse il vero, o in vece del peso falso si servì del vero; di bigamia colui, che fu sposato da un servitore travestito, senza che lo sapesse (8). 5) Manca la possibilità di distinguere il

(8) Non è raro, che i genitori della più povera condizione, quando si ritrovano un numero di figli, che non possono alimentare, desiderino che Iddio se li prenda per sè, cioè li faccia morire, e che lo preghino a questo effetto. In essi e l' *animus occidendi*: eppure chi potrebbe processarli come infanticidi? E si dovrebbe poterli, ove non si avesse riguardo ad alcun mezzo.

tentativo remoto dal prossimo (9). 6) Si viene a negare quel motivo di mitigazione, ammesso da più codici, ed affermato da molti giureconsulti, che dipende da difetto nella essenza del fatto.

Non si può non vedere in genere, che questa opinione, che non ha riguardo alla idoneità dei mezzi, è nata da una confusione del punto di vista criminale con quello di polizia. Quando si vuol punire colui, che nell'intenzione di avvelenare propinò lo zucchero, si contempla il pericolo avvenire; si teme, che l'agente, riconosciuto il suo errore, si apprenda a mezzi idonei e sicuri, e che compiutamente eseguisca la sua risoluzione. Ma il pericolo avvenire non è il fondamento della punizione. Esso richiede l'attività della polizia: ma la giustizia non permette di punire, quando non è stata ancora effettivamente commessa alcuna illegalità, perchè reputa inconveniente il concludere la realtà dalla possibilità; e perciò punisce solamente quando colui, che scelse la prima volta il mezzo inidoneo, si serve la seconda volta di mezzi delittuosi idonei.

Uno de' più ingegnosi criminalisti (10) difende la punizione nell'uso di mezzi inidonei, dicendo, che è un'inconseguenza il non voler porre da una parte in computo il caso, che produsse un'offesa, e il volere dell'altra parte ascrivere a merito il caso, che impedì l'offesa: e crede, che la sua opinione sia già riconosciuta anche dalle leggi, che puniscono l'alto tradimento, an-

(9) Si richiede pel conato *prossimo*, che l'agente fosse occupato di quell'atto, per cui il delitto poteva esser portato immediatamente ad effetto; e pel conato *remoto* si richiedono delle preparazioni al delitto. Ma chi propinò zucchero, in luogo di veleno, dovrà chiamarsi responsabile di conato prossimo, o di remoto? Niuna delle due idee conviene al caso.

(10) Tittmann Progetto di un codice penale pel regno di Sassonia, nei motivi pag. 27.

corchè non abbia prodotto alcuna rivoluzione dello Stato.

Ma quando uno si riporta al caso, si deve affermare, che esso esercita sempre influenza sopra la punizione. Il caso, ad onta della volontà decisa a malfare, libera sovente il malvagio dalla pena: quando, per esempio, il risoluto di uccidere non trova il nemico, che vuol mettere a morte; quando il risoluto di rubare non trova danaro; quando una pioggia impetuosa impedisce di portare a fine la sua intenzione al risoluto d'incendiare. Si computa il caso, per quanto dipende dal medico, in cui s'avvenne il ferito; per quanto dalla somma, involata dal ladro; per quanto dalle parole veementi, onde alcuno fu tanto eccitato all'ira, che fece di più di quel che volea. Non si fa che confessare, che il caso rappresenta una gran parte nel diritto criminale, in favore, e in aggravio.

Sebbene un altro stimato criminalista rammenti, che, guardando all'idoneità dei mezzi si dimentica (11), che nel giudizio di un caso concreto non si tratta di una penalità astratta, ma della penalità di un determinato subietto; sembra all'incontro doversi affermare, che l'azione punibile vuol esser tale in sè, senza riguardo al suo autore, purchè concorra l'imputabilità. Del resto Kenke pure si dichiara per l'impunità del tentativo, quando furono usati mezzi inidonei (12), mentre un altro scrittore nella sua eccellente opera sopra il conato, ammette nel detto caso l'impunità con qualche distinzione (13).

(11) Henke Compendio della scienza del diritto penale §. 40.

(12) Contribuzioni alla legislazion criminale pag. 180, dove dice, che, quando non esiste connessione causale fra un'azione ed un determinato delitto, manca affatto ciò, che potrebbe autorizzare ad ammettere un'intenzione contraria al diritto.

(13) Cropp nel *Comm. de praec. circa conatum* p. 45. distingue, se per es. uno volesse uccidere un altro per via di scongiuri, o

Contro la sostenuta impunità sembra che non possa nascere un' obiezione dal considerare il delitto di falsità. Colui, per esempio, che radendo cancella qualche cosa in un documento, o contraffà il nome altrui in un modo sì goffo, che la falsità si discopre al primo colpo d'occhio, dee forse andare impunito, perchè ha scelto un mezzo inidoneo? La risposta affermativa esimerebbe dalla pena tutti i delinquenti sciocchi, e farebbe punire solamente gli accorti: ma la ragione, per cui nel falso è punibile chiunque ha malvagiamente cassato, quella si è, che l'azione del falso consiste in *ogni fatto, che disfigura la verità*. Chiunque malvagiamente cassa è tanto falsario, quanto è ladro colui, che ruba così goffamente da farsi sorprendere con la roba furtiva in mano. Di più l'azion di colui, che cassa, o che contraffà una firma, è già di per sè non equivoca, e tale, che il delinquente non può negare, rispetto ad essa, il suo dolo: ed apparisce ancora un mezzo idoneo in sè stesso, come quello, che poteva ingannare un uomo meno diligente, o meno esercitato. Va solamente impunita quell' azione, dalla quale il delitto mirato non può nascer mai in veruna circostanza: e perciò dai mezzi *inidonei* impuniti bisogna ben separare i meramente *insufficienti*, i quali, benchè idonei in sè stessi, pure non possono produrre

se uno, che volesse levar dal mondo il proprio nemico per via di veleno, gli desse dello zucchero, credendolo veleno. Nel primo caso ammette l'impunità, « *quum re quidem nullum damnum nec intellectuale appareat; quare judex, qui huic rei auctoritatem suam accommodare vellet, non jam id ageret, ut legum sanctitatem reverentiamque salvas faceret, sed ut ipsum, cuius gravitatem severitatemque suspicere et revereri deberent, levem et ineptum, quum ad ludicra et futilia descenderit, haberent* ». Nel secondo caso non ammette l'impunità, « *quum sane timendum sit, ne, errore cognito, denuo facinus, quod spectabat, aggrediatur* ». Dunque solamente il timor del futuro dovrebbe giustificare la pena.

il successo *in concreto*. Questi ultimi atti sono sempre punibili, perchè si presenta in essi il carattere, riconosciuto come ingiusto dalla legge, ma vi si accompagnano delle circostanze, che impediscono la consumazion del delitto (14).

§. 10.

Casi di tentativo impunito — 4) per mancanza dell' obietto dell' offesa.

Ha luogo del pari un tentativo impunito, quando l' obietto, sul quale il delitto debb' esser commesso, secondo la sua idea legale, non è di quell' indole, che dalla sua essenza di fatto è richiesta. Questo è il caso di colui, che vuole uccidere il proprio avversario, che era già morto senza saputa di chi è risoluto di togliergli la vita; di colui, che vuol rubare, e piglia casualmente la cosa propria; di quel marito, che crede di giacer con la donna altrui, e si trova con la sua. In questi tre casi non esiste tentativo punibile d'omicidio, di furto, di adulterio. La verità di questa affermazione apparisce, quando si riflette 1) che secondo ogni siste-

(14) Se uno, per esempio, vuol propinare il veleno, e prende del vero ed effettivo veleno, ma mescola con esso qualche materia, che senza sua saputa gli toglie tutta l' efficacia; se un altro pone ignorantemente delle materie combustibili in un luogo della fabbrica, dove cadono in un recipiente pieno d'acqua; questi due agenti non si possono confonder con quello, che diede zucchero in vece di veleno, nè con quello, che volle uccidere con le imprecazioni. Anzi l'uno debb' esser colpito con la pena del veneficio tentato, l'altro con quella dell'incendio tentato; perchè in amendue le fattispecie si presenta l'idea legale, ed il carattere ingiusto, e per produrre gli effetti mancò qualche cosa, in quanto che il caso, che non fece che accompagnarsi ad un'ingiustizia effettiva ed esterna, impedì la consumazione.

ma di criminale diritto, tutti i delitti si distinguono e si graduano a tenore dei diritti, che ne rimangono minacciati ed offesi. Perchè dunque uno si renda debitore di omicidio, conviene, che abbia un obietto, contro il quale sia diretto il suo delitto: e questo obietto deve avere il diritto, all' offesa del quale si dirige il delitto; perchè non si può offendere se non che ciò che è obietto dell' offesa, e che perciò può essere offeso. Ora chi trafigge un cadavere, eseguisce un' azione, che oramai manca d' obietto, e non minaccia neppur l' altrui diritto alla vita, perchè il cadavere non ha più vita; onde non si può mai dire, che egli ha tentato di uccidere, e che sia stato pericoloso al diritto alla vita di A, perchè A era già morto. E come non si può violare l' onore di un infame, così non si commette tentativo di adulterio da colui che giace con la sua propria moglie. Quindi o bisogna non considerare la violazion dei diritti nella graduazion dei delitti, o bisogna riconoscere la impunità del tentativo, che è diretto contro un diritto non esistente. 2) Inoltre vale qui la massima, che lo Stato punisce solamente l' ingiustizia effettivamente commessa, ed esternamente riconoscibile, la cui esistenza non può ritrovarsi nell' azione d' un uomo, che trafigge un cadavere, specialmente se 3) non si dimentica, che la sola intenzione non dee punirsi, e che l' azione medesima del trafiggere un cadavere, e dell' involare la cosa propria, è nei rispetti giuridici affatto indifferente. Dove si volesse in simil caso punire per tentativo di omicidio, farebbe mestieri argumentare così: A ha trafitto il morto B, con che non ha commesso alcun delitto: ma egli ha voluto uccider B, cui riputò vivente; dunque si punisce. Se si conchiude in tal modo, si viene a punire la semplice intenzione, e 4) si sovverte la intiera dottrina della essenza di fatto. Per la essenza di fatto di ogni

delitto le leggi esigono proprj caratteri, ed obietti determinati: pel furto, a ragion d'esempio, la cosa altrui; per l'omicidio, la persona vivente. Ma se si punisce di tentativo prossimo ancora chi vuole uccidere la persona già morta, o ruba la cosa propria, si stabilisce una doppia essenza di fatto, e bisogna dire: « all'essenza di fatto dell'omicidio appartiene un uomo vivente, ma all'essenza di fatto del tentativo d'omicidio appartiene anche un corpo privo di vita: e così nella essenza di fatto dell'adulterio fa d'uopo contare anche la propria moglie ». 5) Di più se si volesse negare l'impunità, bisognerebbe affermare, per esser conseguenti, le più ridicole cose. Farebbe d'uopo incolpare di tentativo di procurato aborto colui, che avesse dato un mezzo abortivo ad una fanciulla, ch'ei credeva incinta, mentre non era; di lesione corporale colui, che colpisse un altro in un braccio artificiale di legno; di plagio colui, che vuole ingaggiare per marinajo un uomo, che è già marinaio, senza che l'agente lo sappia; bisognerebbe punire d'incesto tentato colui, che vuole aver commercio con una sua parente, e nelle tenebre si accosta ad una fante di bordello. Si dovrebbe parlare di tentata diffamazione, quando A dà del ladro a B, e poi si trova, che B era effettivamente un ladro; si dovrebbe chiamare un falsario C, che si spacciò per un parente, quando si scopre in seguito, che egli è realmente parente; si dovrebbe ammettere un tentativo di bigamia in D, che sposa una donna, credendo di aver viva la prima moglie, quando poscia si prova, che la sua prima moglie era morta gran tempo prima che sposasse la seconda; si dovrebbe punire E di resistenza all'autorità, perchè si è difeso contro una persona, che si era falsamente spacciata per autorità. 6) Ammettendo in questo senso il tentativo punibile, si cade nella contradizione notata di

sopra al §. 9. num. 6, rispetto al motivo di mitigazione, nascente da essenza di fatto difettosa: e 7) si distruggono i principj fondamentali della prova. In vano qui cercherebbe il giudice di risalire all' intenzione da un' ingiustizia obiettivamente riconoscibile; perchè in sì fatti casi l'azione, che si presenta, è giuridicamente indifferente. Chiunque, intenzionato di commettere un adulterio, è colto con la propria moglie, non ha certamente la *praesumtio doli* contro di sè. Chiunque piglia la cosa propria, ha la presunzione a pro suo, se dice: « io posso prendere la cosa mia ». Se un tale individuo non vuol confessare, sparisce ogni possibilità di convincerlo: e, se uno si vuol fondar solamente sulla confessione, si pone 8) in contradizione coi principj della prova dell'essenza di fatto per mezzo della confessione. Mentre secondo la maggior parte delle legislazioni si dee sostenere, che mediante la semplice confessione la essenza di fatto non si può dimostrare, nel caso per altro, in cui uno abbia, per esempio, voluto uccidere un morto, bisogna riconoscere la sola confessione, come mezzo di prova; perchè qui l' ingiustizia sta meramente nell' intenzione, la quale non è possibile che si provi, se l'accusato non vuol confessare. Anche la penalità dell' indicato tentativo, sostenuta dagli scrittori, nasce dalla confusione del punto di vista di polizia, con quello criminale. Si riconosce il pericolo creato dall' agente, e si punisce per timore.

Finalmente anche certe distinzioni (15), che si son

(15) Cropp nel *Comm. de praecept. circa conatum* pag. 37. distingue nell'adulterio, che uno prenda di mira, accostandosi per errore alla sua propria moglie, se quella *Sempronia* con la quale A voleva adulterare, non era affatto *in natura rerum*, o se una tal *Sempronia alii nupta, et honesta* realmente viveva. Nel primo caso non riconosce adulterio punibile: nel secondo ammette la pena. Io penso, che si possa molto bene fare a meno di questa distinzione.

fatte in questi casi, non si possono giustificare: e solamente la impunità assoluta, accanto alla quale bensì può benissimo stare l'attività della polizia, corrisponde alla natura della giustizia penale.

§. 11.

Casi di tentativo impunito — 5) *per desistenza volontaria.*

Si presentano ancora dei casi, nei quali il delinquente risoluto ha già intrapreso delle azioni esterne per commettere il suo delitto, ma nell'ultimo istante, prima che l'azione arrivi al suo fine, desiste volontariamente dall'opera, senza esser mosso da ostacoli esterni. Si è molto disputato sopra l'impunità di questo tentativo, e si è cercato di sostenerla con leggi romane (16), con un passo della Carolina (17) e con principj giuridici. Ma è già stato sufficientemente dimostrato, che le leggi romane non si possono addurre in questa prova (18): e tutti i criminalisti non riconoscono, che la Carolina dimostri la plena impunità. Se per altro il caso si considera secondo i principj del dritto, i caratteri del tentativo, e le condizioni giuridiche della penalità; non si può giuridicamente dedurre questa impunità. Quegli che con malvagia intenzione ha intrapreso atti idonei al suo scopo, per esempio ha già propinato il nappo avvelenato, brandito il pugnale, collocato le materie combustibili, ma in tempo ancora utile strappa il nappo av-

(16) L. 1. §. 2. D. *Quod quisque juris* — L. 11. D. *de in jus vocando* — L. 3. D. *de his qui notantur.*

(17) art. 178.

(18) V. Kleinschrod Sviluppo sistematico, parte I. pag. 94. — Tittmann Compendio della scienza del diritto penale, parte I. pag. 271. — Cropp Comm. de praec. circa conatum, pag. 75.

velenato dalla bocca del nemico, getta via il pugnale, spegne le materie combustibili, ha già eseguito tali azioni, la cui ingiustizia non è equivoca. In lui si ritrovano tutti i caratteri del tentativo punibile, i quali richiedon la pena degli atti gia posti in essere, come quelli che portano in sè il contrassegno dell' ingiustizia. I principj al contrario della politica criminale possono ben persuadere una legislazione (19) a decretare l' impunità nel tentativo, che non giunse a termine per pentimento; perchè la medesima è un forte impulso per l' agente ad obbedire in tempo utile alle voci della coscienza. Per ottenere il vantaggio, che il malfattore talvolta ritorni indietro per la via del delitto, che questo rimanga incompiuto, e quindi per ragioni puramente politiche, può una legislazione penale promettere l' impunità in simili casi (20).

I motivi, per cui uno interrompe il suo intraprendimento, possono esser diversi. Talora la desistenza è solamente un atto di libera volontà, talora un istantaneo movimento della coscienza, o la compassione dell' obietto del delitto, o il *timor della pena* trattiene l' agente, che va non ostante impunito. Nel caso di desistenza per l' ultima ragione, sono stati promossi dei dubbj: ma la giusta osser-

(19) Il diritto provinciale prussiano, parte II. tit XX. §. 43. dispone, che in questo caso l' agente possa far valere le sue ragioni per la grazia — Il codice austriaco riconosce l' impunità — ed anche più chiaramente la stabilisce il codice di Baviera all' art. 58.

(20) Assai bene dice Fenerbach nella critica del progetto di Kleinschrod, parte II, pag. 102. « Se lo Stato non lascia impuni» to l' uomo, che si pente del fatto intrapreso, lo costringe in certo » modo a consumare il delitto; perchè l' infelice, che si lasciò tra» scinare ad un tentativo, già sa, che nulla di grande può guada» gnare col pentimento, e che, consumando il fatto, non va incon» tro ad alcuna perdita significante.

vazione di Feuerbach (21), che la potestà punitrice sarebbe in contradizion seco stessa, se volesse punir quello, che distolto dal timore di lei ha desistito dal fatto, atterra le obiezioni. Quando poi all' opposto il delinquente si è astenuto dal consumare a motivo d' incontri, o di ostacoli esterni, indipendenti dalla sua volontà, non si può ammettere, che vada impunito. Di più l' impunità non ha luogo, so il delinquente non consuma l' azione per questa volta, ed ha il proposito di rinnovarla in più favorevoli circostanze (22). Ma se l' ultima azione terminatrice non è pienamente compita, e solamente un passo è ancora escogitabile, è indifferente, che il malfattore fosse colto dal pentimento nel conato remoto o nel prossimo; perchè una distinzione di questa fatta non rimarrebbe giustificata dalla ragione dell' impunità. Solamente si rileva la necessità di separare le diverse specie di delitti. In quelli, che si terminano semplicemente con un' azione, e che per la loro idea secondo la legge non richiedono alcun effetto, nè alcuna conseguenza, una volta che l' azione è finita, il pentimento non può produrre l' impunità (23), sebbene sott' altro riguardo comparisca qual motivo di mitigazione (24).

(21) l. c. pag. 103-4.

(22) La prova di questo punto sarà per vero dire difficile, e può venire molto raramente in applicazione.

(23) Il ladro restituisce la cosa rubata, o il rapitore volontariamente riporta intatta la donzella rapita.

(24) Per esempio nell' incendio, secondo l' art. 253. del codice penale di Baviera.

X.

DEL PUNTO, ONDE COMINCIA LA PENALITA' DEL CONATO A DELINQUERE (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOM. II, FASC. 4. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

Dal primo pensiero del delitto sino all' effettiva esecuzione di esso ritrovansi tante graduazioni intermedie, che non sembra inutile ricercare, in qual punto il conato cominci ad esser punibile. 1) Primieramante si distingue un intervallo, in cui uno racchiude in sè stesso il pensiero, od anche la risoluzion di delinquere, senza per altro manifestarla: 2) un altro successivo, in cui il delinquente risoluto manifesta il suo proposito, ma solamente per via di parole; per esempio con minaccie, o per mezzo di comunicazioni a qualche suo confidente: 3) uno posteriore, in cui accade una preparazione, mediante l' acquisto dei mezzi, necessarj all' esecuzion del delitto; per esempio, si compra il veleno, la pistola ec. 4) Già in possesso di sì fatti stromenti l'agente risoluto immagina il piano esatto della esecuzione delittuosa, e ne cerca l' occasione. Poscia 5) provveduto dei detti stromenti afferra l' occasione spiata, e fermamente deciso si mette nella posizione, in cui può dar cominciamento oramai all' azion principale, che constituisce il delitto; per esempio entra di soppiatto, col veleno in dosso, nella cucina del suo nimico, ad effetto di stem-

perare la polvere micidiale nelle vivande di lui. 6) Col favore dell'occasione, si vale dei mezzi portati, trae profitto dalla sua posizione, ed incomincia l'atto, per cui il delitto debb'esser condotto ad effetto; versa, per esempio, il veleno nella bevanda, destinata al nimico: e 7) termina la sua azione delittuosa in quel modo, che le leggi richiedono, perchè comparisca un delitto; per esempio propina la bevanda avvelenata al nimico. Anche da questo momento dell'azione terminata sino all'effettiva consumazione nel senso della legge, sono escogitabili altre graduazioni: ma il farne ricerca non è necessario per rispondere alla proposta domanda; perchè il dubbio si può presentar solamente nei primi gradi.

Per quanto questi gradi sembrino molti, si possono per altro ridurre con attenta considerazione a tre principali intervalli.

I. Il primo è quello, in cui il delinquente già risoluto non ha ancora manifestato la propria risoluzione per mezzo di atti. Che egli, sino a che racchiude in sè stesso il semplice pensiero delittuoso, non sia punibile, è più evidente di quel che abbisogni dell'opera della prova. Ma che egli di più non sia punibile neppure a motivo di manifestazioni meramente verbali, come, per esempio, di minaccie, fu già dimostrato nella mia precedente contribuzione alla dottrina del conato a delinquere. II. Nel secondo intervallo il delinquente gia risoluto si premunisce, per ogni caso possibile, degli stromenti necessarj all'esecuzione del suo delitto, o spia l'occasione di recarlo ad effetto, e fa gli apperecchi necessarj a porre in opera il piano delittuoso: in una parola egli si prepara, nel più largo senso, all'esecuzione. III. Nel terzo intervallo il delinquente già risoluto, e premunito, dà vita ad azioni, che sono dirette all'effettiva applicazione dei mezzi già preparati per la esecuzion del

delitto; per lo che egli entra in quello spazio di tempo, nel quale tutte le azioni, che appartengono all'esecuzione delittuosa, non si debbono oramai riguardare, che siccome una continuità. Allora egli mostra la serietà e la fermezza della sua risoluzione, dirigendo i fatti apparecchi all'obietto, su cui vuol delinquere, ed intraprendendo le azioni, che sono col delitto immediatamente connesse.

Anche le azioni osservate nel secondo intervallo (per esempio la compra del veleno) si possono chiamar tentativi; chè sul nome non vogliamo aprir controversia: ma questo si deve affermare, che mediante le sole azioni del terzo grado il tentativo può sottoporsi, come punibile, ad una legge criminale. 1) Siccome il tentativo può esser punito solamente allorchè vi si ritrova il carattere della violazion della legge (1); così la legge non può considerarsi violata fintantochè non sia stata almeno incominciata l'azione, che è proibita, come delitto, per la quale il delinquente si aggira nel fatto propriamente minacciato di pena. Quegli soltanto, che è proceduto tant'oltre da trovarsi nella posizione, in cui può venire incontanente attuato il delitto, senza che debba oramai più prorompere, od abbia mestieri di nuova preparazione, ha veramente violato col fatto la legge. Imperocchè la legge penale considera tutte le azioni dal momento, in cui l'agente sta con delittuosa risoluzione in faccia all'obietto offendibile, e si è già tanto inoltrato, che applica di già i mezzi preparati, o dà loro la direzione necessaria all'esecuzione, come ad una continuità di atti, che compiscono congiuntamente il delitto. Chi dunque incomincia anche solamente la prima di queste azioni, incomincia

(1) V. la preced. contribuzione alla dottrina del conato a delinquere.

col fatto il delitto, e si rende colpevole di violazione di legge. 2) A quello, che si è già inoltrato così, quadra ancora il carattere dell' azione, esternamente ed indubitabilmente riconoscibile, come delitto: e quindi l' agente, contro il quale sta il *dolus ex re*, non può negare il fatto delittuoso: come, per esempio, chi si pone in agguato in una casa con una pistola a cane alzato; chi ammassa accanto ad una capanna materie combustibili. 3) Solamente quando l' agente intraprende sì fatte azioni, dimostra la serietà e la fermezza della sua risoluzione. In tutte le preparazioni precedenti, per esempio nella compra del pugnale, la passione, tuttora coperta di tenebre, offre le sole apparenze di risoluzione, e la preparazione ha luogo, o come sequela di una rapida effervescenza, o solo eventualmente, o senza connessione immediata con un delitto determinato; avvegnachè la provvista di sì fatti stromenti non solo si faccia da chi vuol delinquere, ma ancora da altri con intenzione giuridica. Laonde violerebbe i dettami della buona psicologia chi dalla compra del veleno, o di altri mezzi atti a delinquere, volesse concludere l' esistenza di una ferma risoluzione delittuosa: la quale al contrario si presenta chiaramente, allorchè uno, già provveduto di mezzi delittuosi, si colloca nella posizione richiesta a metterli in opera, e ad effettuare immediatamente il delitto. Egli mostra allora di essere in atto di applicare compiutamente il suo piano: mediante il passo, che ha fatto, varcando il limitare, che separa il giusto dall' ingiusto, gli vien tagliata la via del ritorno; in virtù della posizione, in cui si è collocato, egli è spinto potentemente, secondo l' esperienze psicologiche, a continuare il delitto.

Quindi fa d' uopo affermare, che il tentativo di un delitto principia ad esser punibile, quando l' agente intraprende quelle azioni, che sono dirette all' applicazio-

ne dei mezzi, destinati ad eseguire il deliberato delitto: mediante le quali egli 1) o *incomincia* soltanto a servirsi effettivamente de' medesimi, o 2) si colloca in quella posizione, in cui può meglio cavar profitto da essi per terminare il delitto, o per intraprendere l' atto principale, che lo constituisce. Tutti i tentativi precedenti, per esempio la provvista dei materiali, le anteriori informazioni raccolte intorno all' occasione ed al modo di eseguire il delitto, possono assoggettare l' agente, come pericoloso, alla sorveglianza della polizia, ma non mai sottoporlo ad una punizion criminale. A tenore di ciò chi compra la pistola, e comprata l'assctta e la carica, non si rende colpevole di tentativo punibile d' omicidio, ma bensì tostochè con la pistola caricata si apposta nel luogo, che ha scelto ad eseguire il delitto. Non esiste conato punibile di procurato aborto, allorchè la fanciulla incinta si compra il mezzo idoneo a farla sconciare: ma bensì tostochè lo stemperá in una bevanda, e si apparecchia ad usarne. Chiunque vuol violentare una donna, finchè cerca d' impararla a conoscere, e di avvicinarsele, non è punibile: ma lo diviene appena le manifesta la sua pretensione, la minaccia, o l'assale. Chiunque si compra la fune, o la scala per rubare, e spia nella casa l' occasione a ciò più opportuna, non commette conato punibile di furto: ma bensì, tostochè va con quegli stromenti alla casa, o vi appoggia la scala. Chiunque con l' intenzione d' incendiare si provvede di materie combustibili, non è punibile: ma lo diventa, appena si accosta con esse al luogo destinato all' incendio. Chiunque si fornisce dei mezzi, atti ad alterare il vino in una guisa fraudolenta, non soffre pena: la quale colpisce colui, che incomincia la mistione. Chiunque si procura un temperino, per radere un' obbligazione di debito, non è

responsabile ancora di conato di falso: ma incorre nella pena di esso appena incomincia la dellberata alterazione.

Si rileva la falsità della contraria oplnlone, se si esamina: 1) che tutte le azioni anteriori sono giuridicamente indifferenti e lecite, onde niun rimprovero d' ingiustizia può colpire l' agente, ancorchè sorpreso *in flagranti*. Come si potrebbe, a ragion d' esempio, censurare chi compra una pistola, o una fune? 2) Tutte le azioni di questa fatta non possono riportarsi sotto alla legge penale, la quale non apparisce per alcun modo violata da esse. Non essendo che remotissimamente connesse col delitto, per mezzo di una intenzione, che non racchiude nemmeno in sè i caratteri del malvagio proposito veramente formato, non appartengono alla serie di quelle azioni, che nella loro continuazione constituiscono il delitto. Or la compra della pistola non è ancora principio di un delitto. 3) Volendo perciò punire simili azioni, sl punlsce la sola intenzlone, ed anche questa in modo ingiusto; perchè l' intenzione collegata con l' intraprendimento di esse è molto lontana dal proposito delittuoso, che si presenta come effetto d' una ferma e matura risoluzione. Tutti gli errori, che sono stati censurati in altro luogo (2), si riaffacciano anche qui. 4) Ma se si vuole stabilire la penalità di queste azioni, non si trova affatto alcun punto, che esattamente decida, onde debba la medesima incominciare. Da questa mancanza di principio provengono le infruttuose e spesso ridicole fatiche dei giudici nel ricercare sì fatto punto di partenza; di qui le decisioni stranamente arbitrarie. Dee, per esempio, punirsi colui, che sl pone in tasca il danaro, per comprare il veleno; o che solamente entra nel-

(2) l. c.

la farmacia per provvedersene; o che lo ha già richiesto; o che ha conchiuso il contratto; o che si è già portata a casa la sustanza micidiale? 5) La preparazione dell'arme può considerarsi come tentativo di quattro diversi delitti. La compra d'una pistola può esser diretta all'omicidio, al ferimento, al furto armato, od alla rapina. Ma 6) tutti questi così detti preparativi sono inoltre tanto lontani dall'esecuzione di un delitto, che, psicologicamente considerati, non si possono riguardare come segni sicuri di una ferma risoluzion di delinquere. Chiunque conosce l'animo umano, sa bene, quanto spesso vi nascano certe rapide effervescenze; come anche l'uomo il più generoso si abbandoni talora a suggestioni malvagie, sotto l'influsso delle quali, pigliando colore in quella specie d'ebbrezza il desio del delitto, intraprende qualche azione, che potrebbe servire all'esecuzione di esso, senza che egli per questo lo porti ad effetto. Sopravviene l'ora di tentare, ed il comprato stromento è posto da parte. Quante volte alcuno, fieramente irritato dal proprio nimico, ha comprato in quel primo bollore le armi, per venire a duello, e poi calmato non ha più pensato il giorno appresso ad usarle?

Or si vuol dimostrare, che la massima finqui sostenuta è pienamente conforme alle leggi, che servono di fondamento al diritto comune.

A. *Diritto Romano.*

Sebbene sia certo, che i Romani nel loro sistema penale principalmente riguardino al danno intellettuale, prodotto dal delitto, e rilevino eminentemente l'ingiusta risoluzione, onde il loro diritto penale è men fabbricato sopra il successo, che sopra la qualità della cattiva intenzione; pur si può dimostrare, che non per-

mettono l'applicazion di una pena, prima che la cattiva volontà si sia indubitatamente manifestata per mezzo di azioni esterne nel senso accennato di sopra. Diversi frammenti riconoscono l'impunità della malvagia intenzione (3). Mentre le leggi precisamente richiedono il fatto esterno per l'applicazion della pena (4), distinguono ancora acutamente la semplice intenzione dagli atti esterni (5), ed assegnano esattamente il grado della penalità. Così parlano di pena solamente in colui, che ha intrapreso il delitto - *aggressus fuerit* - (6): dove, secondo tutto l'insieme della frase, l'*aggredi* non si può intendere, che di colui, che ha già intrapreso l'azione, minacciata di pena legale. Anche gli esempj, che le leggi riportano di alcuni delitti, dimostrano, che può esser punito soltanto chi già si ritrova nella situazione, che immediatamente appartiene alla commission del delitto: come quello, che nella delittuosa intenzione di uccidere è già armato di pugnale, e che, secondo tutto l'insieme di questo passo (7), nel luogo trascelto per delinquere va attorno di soppiatto insidiando alla sua vittima: o come quello, che, per usare violenza, dà principio ad azioni, che s'intraprendono solamente nel sito, in cui si deve eseguire il delitto (8). Persino l'allegazione dei modi, coi quali si commette il segnalato *crimen majestatis*, dimostra, che sempre si richiesero atti esterni, che stessero in connessione immediata col delitto (9). Che se alcune leggi fanno sorgere dei dubbj;

(3) L. 18. D. *de poenis* — L. 1. §. 12. D. *de furtis* — L. 21. §. 7. D. *eod.*

(4) L. 53. D. *de verb. sign.*

(5) L. 225. D. *de verb. sign.*

(6) L. 6. Cod. *de divers. rescript.*

(7) L. 1. pr. D. *ad Leg. Corn. de sic.*

(8) L. 3. §. 1. — L. 2. — L. 11. §. 2. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(9) L. 1. §. 1. D. *ad L. Jul. Maj.*

questi svaniscono, subitochè si faccia una più diligente considerazione.

1) Che la L. 14. D. *ad L. Corn. de sic.* - *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* - non si possa intendere della punizione del semplice proposito, lo ha modernamente dimostrato con tanta evidenza Cropp (10), che ogni altra dichiarazione sarebbe superflua. 2) Sebbene paia, che la L. 16. D. *de poenis* punisca *dicta et consilia*, questo passo è anzi una prova del principio, stabilito di sopra; perocchè ivi si distinguono esattamente le classi speciali dei delitti, ciascuna delle quali ha la sua propria essenza di fatto, e si commette con certi mezzi: ivi si riconosce che i *facta* sono per regola punibili, come delitti; che in altri casi bastano anche i *dicta*, per esempio nelle ingiurie, il che si comprende di leggieri; che i *consilia*, i quali constituiscono alcuni delitti, anzichè semplici intenzioni, sono atti esterni, nei quali, rispetto ai delitti, che la legge nomina, è riposto un carattere criminoso: come per esempio, nella congiura, e nel suggerimento a delinquere, per cui uno vien punito quale autore intellettuale. 3) Se la L. 1. D. *de extraord. crim.* sembra punir solamente *propter voluntatem*; a) la parola *voluntas* equivale alla parola *dolus*, ed il passo citato dichiara, che ha luogo la pena, perchè v'è il *dolus*: ma b) non indica nulla rispetto al grado, sino al quale debb'esser giunto l'agente: c) contiene, benchè solamente in generale, il principio, che il tentativo è punito in questo delitto, senza indicare il grado del tentativo medesimo. Quantunque 4) la semplice compra del veleno sembri, secondo il diritto romano (11), meritare

(10) Comment. de praeceptis Juris R. circa puniendum conatum, pag. 64. et seq.

(11) L. 1. D. *ad L. Pomp. de parricid.*

una pena; apparisce per altro, che l'agente, della cui punizione si tratta, deve aver tentato di propinare il veleno, avvegnachè le parole *quamvis non potuerit dare* permettano d'inferire, che egli cercasse di usar l'occasione, e che non gli riuscisse. 5) Sebbene secondo un altro passo (12) sieno puniti anche quelli, che tentino solamente di cacciar fuori un uomo, che rifuggi alla chiesa, ancorchè non riescano (*aut nuda saltem cogitatione*); quel testo per altro, a considerarlo più attentamente, non parla di semplice pensiero; perocchè l'espressione *cogitatione atque tractatu* mostra, che si discorre di quelle persone, che in vero non usano violenza, ma che richiedono verbalmente con schiamazzi, e con fremiti, la consegna, e cercano così di estorcere la persona rifuggita, onde sono di già *in actu delicti*. 6) Tuttochè poi sia punito colui, che soltanto *de nece cogitaverit* (13); il verbo *cogitare* per altro non significa quivi il semplice pensiero, custodito nell'animo: ma, come risulta dal contesto, il tramare una congiura, o l'andare in cerca di compagni per eseguire il delitto. Ed il richiamo qui aggiunto della massima generale « *eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri jura voluerunt* », e così del principio stabilito nella L. 14. D. *ad L. Corn. de sic.*, non contiene altro senso, che quello rettamente inteso della stessa L. 14.

Da quanto abbiamo riferito risulta, che il diritto romano subordinò il tentativo alla legge penale, solamente allorchè il medesimo si manifesta con atti esterni, diretti all'applicazione dei mezzi delittuosi.

(12) L. 6. pr. Cod. *de his, qui ad ecclesiam confugiunt.*
(13) L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.*

B. *Diritto Canonico*.

La medesima idea si trova stabita nel diritto canonico. Quantunque si voglia dedurre un altro sistema dal fine del miglioramento, che serve convenientemente di base al diritto canonico, e quindi si guardi precipuamente all' intenzione; pur lo studio di queste fonti dimostra, che lo scopo del miglioramento non fu l' unico, e che si ebbe riguardo ancora ad altri fini (14). 1) Il diritto canonico ripete precisamente il principio del diritto romano rispetto all' impunità delle semplici intenzioni (15). 2) Tutti i passi, in cui si parla di tentativo, non contengono che esempj, nei quali è stata già intrapresa un' azione immediatamente diretta al delitto (16): e ciò viene specialmente mostrato da un passo, in cui si riportano tutti i modi, in cui uno può rendersi colpevole di delitto (17), e dal quale risulta, che non soggiacciono a pena i tentativi remoti. 3) Se alcuni passi al contrario parlano d' una espiazione, che dee tener dietro alla semplice volontà (18), essi son tratti per la più parte dalle opere de' padri, e non trattano che di peccati, e di penitenza ed espiazione ecclesiastica, da farsi a motivo di essi, nè possono provar nulla rispetto al sistema delle pene esterne.

(14) Rispetto al fine della pena nel diritto canonico V. c. 1. X. *de torneam.* — c. 2. *de cons. in VI.* c. 1. dist. 4. I. — c. 37. C. 23. qu. 5. — c. 9. — c. 20. — c. 21. 26. 27. — C. 17. qu. 4. — c. 2. C. 21. qu. 2. — c. 33. C. 23. qu. 4. — c. 13. X. *de judic.* — c. 13. X. *de jurejur.* c. 2. §. 1. X. *de solut.* — c. 1. X. *de maledicis* — c. 2. 6. X. *de poenis.* — c 2. X. *de purg. canon.*

(15) c. 24. C. 20. dist. 1. *de poenit.*

(16) Clem. I. *de poen.* — c. 4. *extrav. de Judaeis* — c. 2. C. 36. qu. 2. c. 2. X. *de raptor.*

(17) Clem. I. *de poen.*

(18) c. 23. 30. C. XXXIII. qu. 3. *de poenit.*

C. *Constituzione Carolina.*

Che la penale ordinanza giudiciaria, dedotta dalle consuetudini del medio evo, determinate dal sistema dell'espiazione, e del veregildo, ed in molte parti ricavata dalle idee de' glossatori, assolutamente rilevasse il punto di vista obiettivo, e non si contentasse della sola volontà malvagia per l'applicazion della pena, è cosa incontroversa. Quindi la Carolina, perchè il tentativo sia punibile, richiede sempre *operazioni visibili*, *che possano servire all'esecuzione del maleficio* (19). Ognorachè in un particolare delitto si tratti di tentativo, la Carolina esige sempre la commissione di atti esterni, che sieno immediatamente diretti al delitto, e distingue il conato dalla consumazione, in quanto che nel primo non ha avuto luogo il danno ed il successo (20). Così essa dimostra chiaramente di considerare per semplici indizj i preparativi remoti, nei quali non riconosce alcun tentativo punibile, e vien così a giustificare il principio da noi stabilito.

(19) art. 178.
(20) art. 109. 130. 132.

XI.

DELLA DIFFERENZA FRA I DELITTI CONSUMATI E TENTATI, E DEI GRADI DEL CONATO (DISSERTAZIONE DI *MITTERMAIER*, ESTRATTA DAL TOMO IV. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

Il pratico criminalista non di rado si trova imbarazzato nel ricercare, se il delitto, del quale si tratta, sia meramente tentato, o consumato. Allorchè la legislazione parifica la punizione del tentativo a quella della consumazione, sì fatto esame perde la sua importanza: la quale al contrario è grandissima dove, come accade in Germania, la pena del conato è diversa da quella del consumato delitto.

La distinzione fra il tentativo e la consumazione riesce felicemente, se I. si facciano di tutti i delitti due classi, e A) si pongano nella prima quelli, in cui le leggi richiedono un effetto esterno; ai quali appartengono, per esempio, l'omicidio, la lesione corporale, il procurato aborto, e simili: e B) si contino nella seconda tutti gli altri, in cui la legge richiede una certa azione del delinquente, terminata la quale riconosce consumato il delitto; come, per esempio, nel furto e nell'incendio.

Considerando le diverse legislazioni, si osserva, che tutte riconoscono questa distinzione, e che parlano in

un modo dell'omicidio, in un altro, del furto. È vero, che d'ordinario il delitto è constituito dall' azione; terminata la quale, è consumato. Imperocchè la legge andrebbe tropp' oltre, se volesse considerar consumato il delitto solamente quando il delinquente avesse raggiunto tutti i suoi fini. In certi delitti, per esempio nell' alto tradimento, sparirebbe la possibilità di punirli, volendo aspettarne l' effetto: in altri l' effetto dipende meramente dal caso. Viceversa la legislazione ha i suoi motivi per rilevare alcuni delitti, e riguardarli come consumati solamente quando è avvenuto un dato effetto. a) L' uso della favella indica già questa diversità nei delitti. Noi diciamo del ladro, che ha tolto, vale a dire che ha eseguito l' azione del tôrre : mentre dell' omicida si dice, che ha ucciso, vale a dire che ha eseguito l' azione micidiale, di cui è stata conseguenza la morte d' un uomo. b) Ammettendo, che il delitto sia consumato allorchè è stato fatto tutto ciò, che formava il fine prossimo del delinquente, in alcuni delitti questo fine può considerarsi raggiunto, solamente quando ha avuto luogo un certo successo esterno, come per esempio la morte dell' avversario; mentre in altri, per esempio nel furto, il fine prossimo è già raggiunto mediante la semplice azione, con la quale è involata la cosa al possesso altrui. c) Inoltre la legge ha potenti ragioni per non contentarsi della semplice azione in certi delitti; perchè questa azione, come per esempio quella del tirare, è dubbiosa, e produce effetti e delitti diversi, per modo che, non avendo riguardo al successo, non si potrebbe con sicurezza decidere della pena. d) In altri delitti è d' uopo che la legge aspetti il successo, perchè l' azione sola non offre dati sufficieuti a conchiuderne la connessione causale, e perchè il successo instruisce della qualità ed efficacia individuale dei mezzi, come per

esempio nel procurato aborto. Ora in tutti i delitti, che per la loro idea, e per l' applicazion della pena ordinaria, vogliono un effetto esterno, il delitto non dee riputarsi consumato, che quando ha avuto luogo il successo dalla legge richiesto: e, fintantochè questo manchi, non si potrà parlare che di conato (1).

Nell' applicazione di questa regola bisogna guardarsi dal collocare tutti i delitti coi loro gradi in una di queste due classi per modo, che un delitto appartenga sempre ad una di esse, e non entri giammai nell' altra. Una distribuzione si fatta non si potrebbe dimostrare; perchè le leggi a) per l' idea d' un delitto richiedono solamente un' azione, come, per esempio, nello stupro violento; e poi stabiliscono dei gradi di quel delitto medesimo, i quali esigono un effetto esterno, come, per esempio, la morte della violentemente stuprata (2). b) In altri casi all' idea generale del delitto appartiene un certo successo. Si richiede per esempio nel delitto di frode, che abbia avuto luogo un determinato pregiudizio. E poi vi sono delle specie di frode, che si compiscono con la semplice azione (3).

§. 2.

II. Anche in quei delitti, che si conducono a termine mediante un' azione, spesso è difficile determinare precisamente, se sieno consumati o tentati, perchè sono incerti i confini, sino ai quali debb' essere spinta l' azione, affinche apparisca compiuta nel senso della legge. Sovente in certi delitti si è richiesta un' azione così estesa, che il riconoscerla esternamente era possibile di

(1) Cod. pen. di Baviera art. 57. 58.
(2) Cod. pen. di Bav. art. 187. 189.
(3) l. c. art. 256. 263. 265.

rado, e rendeva inevitabile quasi sempre una disputa. Per esempio nei delitti di carne in generale, e specialmente nello stupro, si richiese per la consumazione la *immissio membri et seminis*. Dove si dimenticò, che l' esame di questo punto era sommamente difficile; che perciò molti casi si sarebbero dovuti punire assai lievemente per difetto di prova; che l' accorto delinquente avrebbe potuto sodisfare assai bene alla sua voglia, e sottrarsi con un po' di scaltrezza alla pena ordinaria; che in genere la consumazion della copula in tutte le sue parti non era affatto connessa con le ragioni, ond' è autorizzato lo Stato a punire i delitti di carne.

Viceversa in altri casi i giureconsulti si contentarono di una qualche azione esterna, e troppo presto considerarono compiuto il delitto. Il che avvenne nell' incendio, in cui sovente il delitto si riguardò consumato, acceso che fosse il materiale portato per incendiare, o guizzata in esso la fiamma: laddove questo delitto apparisce compiuto solamente col bruciar della cosa, che si voleva incendiare, e con l' effettivo divampare del fuoco su di essa. Quando le leggi minacciano di pena una certa azione, farà d' uopo esattissimamente guardare ai caratteri, che nella medesima son presi principalmente di mira dalla disposizione legale. Il giudice criminale dee riguardare come consumata quella sola azione delittuosa, che può considerarsi compiuta, o per la sua natural qualità, e secondo l' uso della favella, o per la sua indole giuridica. Quindi un' azione dilittuosa potrà riputarsi terminata solamente quando a) vi sieno tutti i caratteri, che debbono concorrere secondo la semplice interpretazione grammaticale della parola, che la legge ha trascelto a significarla; o quando b) presenta i caratteri, stabiliti dalle norme legali. Al contrario è inesatto il dire, che il delitto deve riguardarsi consumato, quando il delin-

quente ha raggiunto il suo fine, o quando è stato eseguito tutto ciò, cui mirava la malvagia intenzione. Secondo una tal pretensione il furto sarebbe consumato solamente allorchè il ladro si potesse ritenere la cosa involata, ed il solo rovesciamento effettivo della constituzione dello Stato consumerebbe l'alto tradimento. In alcuni delitti 1) l'uso della lingua offre quanto basta per conoscere la consumazione. Per esempio al suscitamento dell' incendio appartiene come causa e segno visibile il fuoco. Finchè dunque non v'è il fuoco l'incendio non è compiuto. Al contrario non importa per la consumazione di questo delitto, che una cosa sia stata distrutta dal fuoco, o che il fuoco abbia durato per lungo tempo. 2) In alcuni delitti le leggi esigono semplicemente l'intraprendimento di una certa azione, e considerano consumato il delitto, solo che il delinquente abbia fatto qualche cosa per l'uso avvenire; come accade nella falsificazion di moneta: mentre 3) in altri casi esigono, che sia stato realmente applicato e messo a profitto il preparativo; come accade nello spaccio di merci adulterate, o nella diffusione della falsa moneta. 4) Frequentemente nella stessa specie di delitto le leggi distinguono dei gradi secondo la diversità dell' azione, ed il suo avanzamento (4). 5) Ma il giudice, per ammettere il compimento di un' azione, è sempre obbligato ad applicare i principj, secondo i quali essa apparisce in altri casi terminata nel senso delle leggi. Per lo che quando, per esempio, la legge vuol punito colui, che *vende* merci adulterate; al compimento di questo delitto appartiene, che la vendita possa giuridicamente apparire come un contratto perfezionato (*venditio perfecta*): e quindi, se la falsità fu scoperta duran-

(4) Cod. pen. di Bav. art. 342. 343.

te l' offerta, si dovrà solamente ammettere un conato prossimo. 6) Al compimento di alcuni delitti si richiede ancora una forma determinata, nella quale si debbono intraprendere: ed allora questa forma debb' essere intiera, perchè il delitto possa dirsi consumato. Se, per esemplo, taluno, che è già conjugato, si fidanza con un' altra persona, e la frode è scoperta, prima che le nozze sieno formalmente accadute, non esisterà che il conato di bigamia. 7) In alcuni delitti non basta neppure la semplice forma dell' azione particolare, considerata per sè, ma l' azione debb' essere ancora connessa con un' altra forma prescritta: e così non è dubbio, che lo spergiuro non è consumato per la semplice prestazione del falso giuramento, ma bensì quando la falsa deposizione *in forma probante* è stata riportata negll atti, e quindi tostochè sia giunta tant' oltre, che lo Stato od il giudice possa attribuirle piena credenza. 8) Nel delitti, in cui la legge non considera una certa azione, che quando è connessa con un dato fine ingiusto, e non come un proprio delitto disgiuntamente dallo scopo, e senza riguardo al medesimo; l'azione è sempre nei limiti di conato, fintantochè non è compito l' atto giuridico, in cui la medesima si presenta connessa con lo scopo del delitto: e quindi, se l' agente abbandona lo scopo, e distrugge il mezzo, prima di aver danneggiato, e di aver potuto danneggiare; l' azione medesima viene a sottrarsi a quello scopo, senza cui non esiste delitto. Ciò avverrebbe, per esempio, se uno falsificasse un documento privato, e con esso intentasse un' azione, ma lo ritirasse, e desistesse dalla sua pretensione, prima che il compulsato affacciasse le sue eccezioni. Per altro in questa decisione tutto dipende dalla disposizion della legge intorno alla falsificazione dei documenti. Se un codice considera questa falsificazione come delitto per sè, senza ri-

chiedere alcun danno per la essenza di fatto; l'idea superiormente esposta non è vera, ed il delitto è consumato, senza riguardo al fine. 9) La quistione della consumazione acquista una speciale importanza nei delitti contro lo Stato, e precipuamente nell'alto tradimento. Di una massima antica, per cui questi maleficj si consideravano come *delicta excepta*, e si credeva di non dover loro applicare i principj, che valevano per gli altri, oramai non si può più parlare: ma d' altra parte non si può nemmeno pretendere il conseguimento del fine nell'alto tradimento; perchè non sarebbe più luogo ad applicazione di pena contro un malfattore, che già si fosse assiso sul trono. Non è giusto neppure, che si richieda, come effetto, la dissoluzion dello Stato, e che poi si affermi, che in questo delitto si debba equiparare la pena del conato a quella della consumazione. I delitti contro lo Stato si debbono onninamente giudicare come quelli contro i privati: ma i primi per altro appartengono alla classe di quelli, che si consumano mediante un'azione. Qui fa d'uopo guardarsi da un lato di non contentarsi di una semplice preparazione, e dall'altro di non esiger troppo a riputar consumato il delitto. Così, a tenore di quanto si è detto, l'azione apparisce compita, quando nell'alto tradimento sieno stati in effetto esternamente impiegati i mezzi preparati, per raggiugnere il fine mirato, e l'agente ha fatto per la sua parte tutto ciò, che dipendeva da lui, e che appartiene all'idea dell'azione. La particolare espressione della legge penale guiderà sicuramente il giudice in simili casi, e la sua decisione sarà diversa, secondo che la legge dirà: *Chiunque in tempo di guerra consegna fortezze al nimico, o trapassa al medesimo* » oppure « *Chiunque entra in trattati proditorj col nimico* ».

§. 3.

III. Si presentano ancora de' casi: in cui la medesima azione, secondo l'intenzione del delinquente, o può considerarsi come consumato delitto, o come tentativo di un altro delitto. Un ferimento, per esempio, vuolsi considerare come conato d'omicidio, se si ammette l'intenzione di uccidere: ed apparisce lesione corporale consumata, se si ritiene, che l'intenzion dell'agente fosse diretta solamente a ferire. Secondo le disposizioni del diritto romano (5) la qualità dell'intenzione dà la tratta alla bilancia. Pure l'applicazion della regola, spesso ingiusta e singolare in pratica, non renderà superflue alcune osservazioni. 1) Se il delinquente confessa, che la sua intenzione si diresse ad un delitto, non diverso di grado, ma di specie dall'altro, per esempio all'omicidio; il fatto criminoso dee giudicarsi a tenore della confessata intenzione. 2) Se l'agente nega, che la sua intenzione si dirigesse più oltre, ma si può dimostrare per via d'illazioni, o in altro modo positivo, che egli ebbe una determinata intenzione delittuosa, che non raggiunse, deve applicarsi la pena del tentativo, perchè il pieno convincimento equivale alla prova ottenuta per confessione. Ma se 3) non si può compiutamente e con la maggior verisimiglianza scoprire, che l'intenzione del delinquente fosse diretta ad un delitto più grave; dee nel dubbio prevaler la sentenza più mite, e quindi applicarsi la pena del consumato delitto, qual si presenta. 4) Se la legge stabilisce i gradi dello stesso delitto secondo il successo (per esempio nella lesione corporale, secondo i giorni di durata della malattia; nel furto, secondo la somma) dee decidere solamente ciò che

(5) L. 14. D. *ad L. Corn. de sic.* « *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* ». L. 1. §. 3. D. *eod.* L. 5. Cod. *ad L. Jul. Maj.*

è di fatto accaduto, ancorchè l' intenzione fosse andata più oltre. E così il ladro, che voleva rubare cento talleri, e non potè involarne che quattro, perchè non gli fu dato di trovarne di più, dee condannarsi alla pena del furto effettivamente commesso, ancorchè la sua intenzione fosse diretta ad una preda molto maggiore. Questo principio è giustificato a) dalla disposizion della legge, la quale, dividendo le quantità, ammaestra chiaramente il giudice ad attenersi obiettivamente al fatto, senza indagare, qual fosse l' intenzion dell' agente. b) Inoltre la legge guarda al dolo solamente in quanto è quistione, se il delitto, qual si presenta, sia stato commesso con malvagia volontà, senza cercare, se v' era ancora un' altra intenzione. c) Di più l' idea della consumazione assorbisce quella del conato: e, quand' anche si ammetta, che il desiderio del delinquente andava più oltre, pure fu voluto, e pigliato di mira anche il meno, che è sempre compreso nel più. d) Quando l' agente ha consumato il suo delitto in un modo più lieve, tuttochè si fosse preparato a commetterlo in un modo più grave, può applicarsi soltanto la pena del maleficio, che è stato effettivamente eseguito. Se uno, per esempio, si provvide di una scala per rubare, e poi gli riuscì di penetrare senza di essa nel luogo del delitto, e non si servì del portato stromento, il suo furto è semplice. A torto si parlerebbe qui di conato di furto con scalamento; perchè il semplice andar provvisto di scala non constituisce un delitto. Il ladro poscia non si servì della scala, e commise un furto semplice, sebbene avesse potuto commetterlo qualificato: ed il caso, che lo liberò, contro il suo proposito originale, dal bisogno d' impiegare la scala, non dee fargli danno, perchè non si potrà giammai del tutto rimuovere l' influenza del caso sopra le pene.

§. 4.

Per trovare un punto fermo, e disporre in classi le moltiplici specie dei tentativi, si è proposto alla legislazione di stabilir certi gradi, ed i giureconsulti gli hanno introdotti senza legge nel diritto comune. La maggior parte fecero del conato due gradi, cioè il *prossimo* ed il *remoto*, mentre altri ne aggiunsero ancora un terzo, cioè il *remotissimo*. Nè contenti di questo i dottori incastrarono un altro grado medio fra il conato e la consumazione, voglio dire il *delictum perfectum*, che si ammise, quando il delinquente ha terminato l'azione principale, senza che sia avvenuto l'effetto del delitto.

Una legislazione, che stima i suoi giudici, non vuole, incalzando con ansiosa diffidenza il loro potere, sempre antipensare, e loro proibire l'uso dell'intelletto. Essa parte dall'esperienza, che non v'è caso affatto pari ad un altro, e che i gradi del tentativo sono indefinitamente moltiplici, ognun de' quali, rispetto alla punibilità, può esser diverso dall'altro. Così potrebbe per la maggior parte giustificarsi il procedimento del codice penale austriaco (6), il quale non determina gradi, perchè, secondo una giusta osservazione del suo comentatore (7), la graduazione rimane infeconda per una legislazione, che non voglia degenerare in casistica. Ma quando la legislazione, come ora è la moda, vuol antivenire al possibile l'arbitrio giudiciario, può considerare i gradi da lei fissati come linee di confino, fra le quali competa al giudice, dentro quella latitudine, che intercede fra il

(6) §. 40. num. a.

(7) Jenull. Diritto crim. austriaco secondo i suoi fondamenti, parte I. pag. 263.

minimum ed il *maximum*, la facultà di adattare nei singoli casi la pena. Rispetto a queste graduazioni non saranno per avventura superflue le riflessioni seguenti.

A. Quanto all' idea media del *delictum perfectum*, non soggiace ad alcun dubbio l' incongruenza della denominazione; perchè non si può ravvisare una stabile differenza fra *terminare* e *compire*, e perchè è cosa inesatta riguardare come terminato il delitto, fintantochè non presenta tutti i caratteri, dalla legge richiesti (8). Inoltre si può facilmente far senza di questa idea, purchè si dividano convenientemente i delitti, come si è fatto di sopra al §. 1. I delitti, in cui la legge desidera un effetto, fintantochè questo non è avvenuto, rimangono tentati del pari che gli altri, quando nell' azione manca l' ultimo carattere terminativo. Che se finalmente il delitto è terminato ancora in questo senso, non può avere alcuna influenza sull' imputazione, e sulla punibilità; perchè in que' delitti, che richiedono l' effetto, il conato non può giudicarsi altrimenti che negli altri: onde la nozione, della quale si parla, non farà che confondere ed ingannare i giudici deboli.

B. Quando il conato si parte in *remotissimo*, *remoto*, e *prossimo*, uno si trova costretto ad ascrivere a delitto le più lontane preparazioni: il che non si può mai giustificare. Imperocchè si dovrebbero punire anche azioni affatto indifferenti, che non si possono riportare sotto alla legge penale, e non è dato neppure di ammettere in esse un vero dolo, una ferma volontà di delinquere. Si confonde così l' idea del conato in genere con quella del conato punibile, e si turbano i principj fondamentali della penalità. Se si prendono a considerare le espressioni dei codici, o dei progetti, che ammettono tre gradi

(8) Schröter Compendio di diritto penale pag. 126.

di tentativo (9), si vede, che appellano conato remoto la provvista degli stromenti mortiferi, e precipitano così in tutti gli errori, che abbiamo altrove censurati. Quando Feuerbach (10) vuole stabilito il tentativo remotissimo, perchè nel conato, che si considera d'ordinario come remoto, si ripone una moltitudine di gradi impossibili a prevedersi, e perchè, se la legislazione volesse coacervare quello con questo sino al conato prossimo, e determinare una sola regola generale di punizione, la pena del conato remotissimo sarebbe troppo severa, è caduto appunto in errore nel voler subordinare alla legge penale l'estremo remotissimo del tentativo. Un savio legislatore, mediante l'equa constituzione di leggi penali relativamente indeterminate, antiverrà facilmente i pregiudizj temuti da Feuerbach.

C. Le leggi, onde si compone il diritto comune, non possono offrirci alcuno schiarimento rispetto alle graduazioni del tentativo. È indubitato, che ne' primi tempi il conato non soggiacque ad alcuna pena presso i Romani, perchè ad esso non si adattava la formula della legge (11). Solamente più tardi si venne alla punizione del conato nei *delicta publica*, e le leggi medesime estesero la loro pena anche ai tentativi (12): mentre d'ordinario il conato non fu colpito di pena, quando si trattò di *delicta privata*, e di *crimina extraordinaria*. Ma le graduazioni del conato non ebbero appresso i Romani quel valore, che hanno per noi; avvegnachè, a tenore del punto di vista subiettivo, che prevaleva nel loro diritto criminale, il conato andasse per regola soggetto alla me-

(9) Progetto di Tittmann §. 285—290.

(10) Critica del progetto di Kleinschrod parte II. pag. 110.

(11) Cropp De praeceptis jur. rom. circa conatum, p. 69.

(12) Per es. nella Lex Corn. « *Qui cum telo, hominis occidendi causa, ambulaverit* ».

desima pena della consumazione. Come non ne avea di mestieri il diritto romano, così non abbisogna di questi gradi il diritto francese, dopo la chiara disposizione dell'articolo secondo del *Côde pénal*. La Carolina ordina in vero di punire il conato *in un caso più gravemente che nell'altro*, *avuto riguardo all'occasione ed alla qualità delle cause* (13): ma, senza determinare alcun grado, rilascia al giudice la misura della pena. Se non che, volendo appunto, che la punizione sia più grave in un caso, che nell'altro, non sembra favorire una graduazione del tentativo, la quale incastri i casi diversi in due sole classi.

D. È precipuamente necessario evitare nella dottrina del conato l'errore, così comune nel diritto criminale, delle soverchie generalità, e badarsi dal credere, che possa applicarsi a tutti i delitti la partizione del tentativo in prossimo e remoto. 1) Vi sono dei delitti, nei quali non si può affatto parlare di conato. A questi appartengono a) i delitti, che si commettono mediante una rapida azione, senza preparazioni, ed in cui il semplice intraprendimento fa esistere il delitto, mentre i fatti, che lo hanno per avventura preceduto, sono giuridicamente indifferenti, e non offrono modo di conchiuderne il dolo. In questi non si può punire prima che sia commesso l'atto, che non è suscettivo di essere giuridicamente diviso in tentato e consumato: come, per esempio avviene nella esposizion degl'infanti. Quand'anche la madre pigli in braccio il bambino col proposito di esporlo, e s'indirizzi al luogo determinato; non è dato parlare di esposizione punibile fintantochè non lo abbia ivi abbandonato. Il precedente indirizzarsi a quel luogo non è una preparazione delittuosa. Non si può nemmeno parlare di un vero dolo, perchè l'andare verso quel

(13) art. 178. C. C. C.

luogo può essere ad effetto di passeggiare: e, sino all'ultimo momento della effettiva esposizione, la risoluzione apparisce vacillante. b) Questa è pure la condizione di tutti i delitti, che sono conseguenze di una rapida effervescenza, intrapresi senza intenzione chiaramente determinata, e che sono punibili solamente in virtù della loro effettiva esecuzione: come l'omicidio d'impeto. A torto si parlerebbe di un tentato omicidio d'impeto, se uno, dopo aver ricevuto ripetuti oltraggi, acceso d'ira dà di piglio al coltello, che gli sta vicino, e vuole avventarsi al proprio avversario, quando ancora in tempo gli viene strappato il ferro di mano (14). c) In quei delitti pure, la cui punibilità dipende da un certo successo, od in cui l'azione criminosa non consiste che in un eccesso dell'agente, non si può ammettere tentativo, perchè ogni atto anteriore è pienamente giuridico. Ciò si scorge nel diritto disciplinale. Chi potrebbe ravvisare un conato nel padre, che castiga giuridicamente il suo figlio? d) Finalmente anche quando il delitto non si può commettere, che, presupposta l'esistenza di una certa relazione giuridica fra due contraenti, da uno di essi; quando un solo passo fa esistere il delitto, che un momento appresso è nuovamente disfatto, non si può immaginare alcun tentativo: come accade, per esempio, nella intercezione. Su di che mi è noto il caso seguente. Tizio mandò al proprio padre uno spedito a prendere cinquanta talleri. Il padre gliene consegnò cento, senza scriver nulla di ciò. Tornato il messo, e posti sulla tavola cinquanta talleri, fu interrogato, se ne avesse ricevuti di più. Egli negò sul principio, ma pochi momenti dopo consegnò gli altri cinquanta. La corte suprema di giustizia non riconobbe a

(14) Jenull Comentario al cod. austr. parte II. pag. 257.

ragione alcun tentativo in questo fatto. e) Si potrebbe anche affermare, che non esiste conato nelle semplici ingiurie verbaii, ancorchè fossero profferite contro la maestà del Principe; avvegnachè il tentativo qui consistè nel semplice proposito di oltragglare, o forse nel portarsl, che fece l'ingiuriatore, al luogo, nel quale si poteva colpire l'obietto delle ingiurie. 2) D'altra parte vi sono delitti, nei quali non può ammettersi alcuna dlfferenza fra conato prossimo e remoto, e dee punirsi soltanto una specie di conato, che dicesi prossimo. Ciò accade a) in tutti i delitti, che si commettono con un'azione destituta d'ogni preparativo, la quale s'intraprende in così fatte condizioni, che ogni apparente preparazione si sottrae, in grazia della relazione esistente, a qualsivogiia rimprovero d'inglustlzla. Di che sl può trovare un esempio nell'incesto. Se un fratello ed una sorella sl amano teneramente, sebbene con impuri desiderj; se si scrivono delle lettere piene d'affetto, e concertano un piano di futura riunione; sarebbe cosa ridlcola il parlare di conato remoto d'incesto. 6) A questo capo noi riferiamo ancora i delitti, nei quali non è necessaria altra preparazione, che la risoluzione interna: i quali, perfezionandosi con l'azione medesima, che dà loro principio, non ammettono l'idea di conato. Di questa natura è lo spergiuro. Chi vuol giurare il falso, non commette tentativo di spergiuro sino all'istante, in cui esprime realmente il gluramento.

§. 5.

Ove si reputi assolutamente necessario stabilir graduazioni nel tentativo, e questo si voglia distinguere in prossimo e remoto; fa d'uopo avvertire, che una tal distinzione è solamente applicabile a quei delitti, alia cui

commissione richiedesi una serie di preparazioni e di atti precedenti, come sono l'omicidio, lo stupro violento, il furto, l'incendio, ed altri.

Il conato incomincia ad esser punibile, come fu già dimostrato, quando il delinquente intraprende azioni, dirette all'applicazione di mezzi destinati all'esecuzione del risoluto delitto, colle quali egli o incomincia ad impiegare effettivamente i suoi mezzi, o si pone in situazione acconcia ad impiegarli. Da questo momento si presenta il conato, fintantochè non esiste intiero il delitto, quale è stato configurato dalle leggi, per applicargli la pena ordinaria, e così fintantochè non sia stata pienamente terminata l'azione delittuosa, o non abbia avuto luogo la conseguenza richiesta. Le azioni, che stanno fra questi due estremi, si possono riferire al conato prossimo, od al remoto. Ma il prossimo dee considerarsi come il grado, che immediatamente precede la consumazione: e perciò vuolsi ritrovare nel solo intraprendimento dell'atto principale delittuoso, mediante il quale il delitto è recato ad effetto. Così il conato prossimo dell'omicidio consisterà nell'atto principale del tirare, del ferire, dell'avvelenare; dell'incendio, nell'unir le materie destinate ad infiammare con quelle, che debbono essere infiammate; dello stupro violento, nell'accostamento delle parti sessuali; del furto, nel porre le mani sulla cosa, che si vuole involare. Noi dunque chiamiamo conato prossimo « l'intraprendimento del- « l'atto principale, per cui poteva essere immediata- « mente consumato il delitto preso di mira, senza che « per altro abbia generato l'effetto dalla legge richie- « sto, o senza che sia stata terminata l'azione, come « vuole la legge, perchè si dichiari consumato il delit- « to medesimo ». All'opposto il conato remoto consiste « nell'intraprendimento di un'azione, che apparisce co-

» me principio dell' effettivo esegulmento di un delitto,
» la quale è per sè lncapace ad effettuarlo, ma che im-
» mediatamente precede l' atto principale » . Quindl non è esatto chiamare conati remoti quelle azioni, che si debbono considerare come preparatorie dell' atto principale, onde riman compiuto il delitto (15); perocchè secondo questa idea farebbe d' uopo rlputar tentativo remoto la compra del veleno, dello stromento mortifero, del sacco destinato al trasporto delle cose da rubarsi, e della scala di corde per commettere un ratto, sebbene ln altro luogo sia stato mostrato, che simili atti non possono subordinarsi alla legge penale. Quindl nel veneficio non esiste conato remoto, punlbile ln senso giuridico, nella compra del veleno, ma bensì nel mischiarlo alle vlvande, che debbono servirsl al nimico: come si renderà responsabile di conato remoto d' incendio quel delinquente, che porta i materiali combustibili al luogo da incendiarsi, ed lvl s' lugegna di adattarli nella più opportuna maniera. Si presenterà ll conato remoto di stupro vlolento, quando uno afferra la fanciulla, e si adopera a svergognarla: e di omicidio, quando uno armato di pistola, attende al varco il proprio nimico. Se la partizione fra il conato prossimo ed il remoto si fa in questo modo, la distinzione si adatta naturalmente a tutti l delitti, che ne sono in genere suscettivi, e meglio corrlsponde al principio della giustizia penale. A tenore del quale la punibilità tanto più si eleva, quanto più l' agente manifesta esternamente e indubitatamente la risoluzion dl delinquere; quanto più la sua azione si avvicina a quella, che le leggi puniscono come propriamente delittuosa; quanto più egli dimostra la serietà e la fermezza del suo proposito; quanto più si pone

(15) Cod. pen. di Baviera art. 62.

in una situazione, dalla quale, una volta che vi si è collocato, si può difficilmente arretrare; e quanti meno gradini intermedj gli rimangono a salire, per giugnere al compimento del delitto. Chi potrebbe negare, che, anche secondo il punto di vista subiettivo, la penalità di chi aspetta al varco è in un grado inferiore a quella di colui, che ha già tirato? Quanto è più facile al delinquente il desistere dal suo intraprendimento, quanti più gradi gli restano ancora a salire per giugnere alla consumazion del delitto; tanto egli è meno punibile.

XII.

DEL DELITTO D'INCENDIO (DISSERTAZIONE DI *HOFACKER*, ESTRATTA DAL TOMO V. FASC. 1. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

INTRODUZIONE

§. 1. L'incendio, uno de' più gravi delitti, infelicemente appartiene al numero di quelli, che sono più controversi nella loro teorica. Nè di ciò si debbono rimproverare i criminalisti del tempo antico, o moderno. Ma se si riflette, che dalle loro fatiche diversamente risultò, ora che l'incendio fosse una violazione delle cose (1), ora un delitto indeterminato (2), ora un delitto di Stato (3); e che la sua consumazione ora consistesse nell'appiccare il fuoco, e nel produrre le fiamme (4); ora soltanto nel bruciare effettivo (5) di abitazioni, o di altre cose; ora che certe antiche distinzioni del diritto germanico seguitassero a rimanere in vigore (6); ora che

(1) Salchow Diritto penale §. 376.

(2) Grolman Principj fondamentali della scienza del diritto criminale §. 285. 302.

(3) Quistorp Diritto pen. parte I. §. 196.

(4) Feuerbach Elementi di diritto penale §. 361.

(5) Matthaeus de crim. ad lib. XLVIII. tit. V. cap. 6. num. 3.

(6) Meister Principia jur. crim. §. 194.

valessero le sole disposizioni del diritto romano (7); non sarà per avventura giudicato superfluo il cercare di mettere il piè sopra un suolo più stabile.

L'autore della presente dissertazione, ponendo mano a rivedere questa dottrina, spera almeno di occasionare il vantaggio, che altri, fatti avvertiti dagli errori di lui, possano con successo migliore toccare la meta. Egli è partito dal punto di vista istorico-dogmatico, credendo, che questo solo appartenga ai giureconsulti ed ai pratici, e che il filosofico ed il politico sia di competenza del legislatore. Egli dunque riconosce come valevole soltanto la consuetudine forense, che fu espressamente o tacitamente approvata dal legislatore.

§. 2. Per ciò che riguarda il modo finqui seguitato nel trattare della dottrina dell'incendio, i glossatori ed i giuristi italiani (8) hanno proceduto qui pure nella solita guisa, accennando per altro anche meno, che negli altri delitti, le ragioni, per cui il diritto romano contiene sì poco di questa materia, e rivolge principalmente lo sguardo al risarcimento del danno.

Gli antichi criminalisti tedeschi, alla testa de'quali è il Carpzow (9), prendendo per ordinario nella sua più larga estensione il contenuto dell'art. 125. della Carolina, sostengono, che ad ogni incendio doloso sia imposta la pena del fuoco (10). Su di che naturalmente vi era poco da notare. Ma insufficienti del pari sono i loro scritti intorno all'incendio colposo, del quale la Carolina non parla affatto, e non molto il diritto romano. Si sono per vero dire maggiormente allargati rispetto al

(7) Feuerbach l. c. §. 263. 365.

(8) Farinac. Opera omnia tom. III. quæst. 110.

(9) Practica nova rer. crim.

(10) Streker de incendiis.

risarcimento del danno, derivante da questo delitto, e sopra le disposizioni della polizia (11): ma da ciò non è dato ritrarre che piccolo frutto pel diritto penale.

A poco a poco si vide per altro, che, applicando nella sua generalità la suddetta disposizione della Carolina si urtava soverchiamente il sentimento del giusto. Quindi Zieritz (12) affermò, che l'appiccare il fuoco a un fienile in mezzo alla campagna meritava al più la pena della spada: e Kress (13) riputò, che l'incendiare la capanna d'una vigna non potesse neppur meritare la pena di morte. Allora cominciò a trovare aderenti l'idea di distinguere il semplice incendio dall'incendio eccitato per uccidere (14), e nei tempi più moderni si cercò di stabilire una più accomodata graduazione penale, facendo principalmente valere le disposizioni romane (15). Ma i libri di elementi e i compendj si limitarono a brevi ed incompiute esposizioni. Finalmente si procedè tant'oltre, che si ammisero disposizioni penali arbitrarie, illegali, e leggiere, e fu appena possibile, che trovasse luogo la morte quando fossero ridotte in cenere diverse abitazioni (16).

(11) Conf. Hartz. de crimine incendii, Barthold de incendiariis famosis, Lubler tractatus de incendio, Hamberger diss. 1. 11. de incendiis, Strick de incendio casuali, Leyser de incendiariis et meditat. ad Pand. t. 9. spec. 541.

(12) Notae et observationes ad C. C. C.

(13) Commentatio in C. C. C.

(14) Theodorici judicium crim. pract. Kress l. c. §. 2. Boehmer Meditat. ad C. C. C. §. 8. Koch Inst. jur. crim. §. 524.

(15) Feuerbach l. c. §. 363. 365. Grolman l. c. §. 314., Salchow l. c. §. 380.

(16) Tittmann Compendio della scienza di diritto penale, parte III. §. 536.

SEZIONE I.

PARTE STORICA

ARTICOLO I.

***Dalle XII. Tavole sino alla* Lex Cornelia de sicariis.**

§. 3. Del diritto attico, che esercitò tanta influenza sopra il romano, non ci è pervenuto quasi che nulla. L'unico frammento, preso dall' orazion di Demostene contro Aristocrate, dice (17):

Δικάζειν δὲ τὴν Βουλὴν τὴν ἐν Ἀρείῳ πάγῳ φόνου, καὶ τραύματος ἐκ προνοίας, καὶ πυρκαϊᾶς, καὶ φαρμάκων, ἐάν τις ἀποκτείνῃ δούς.

Le quali parole sono interpretate così da Samuele Petit: « *Senatus Areopagiticus jus dicito de cæde, aut vulnere (non casu sed) voluntate inflicto, de incendio (item) et malo veneno, hominis necandi causa dato* » (18).

Di qui si rileva, che l'Areopago conosceva dell' incendio. Petit (19) ed Hamberger (20) credono, che il passo citato parli solamente dell' uccisione d'un uomo, prodotta dall' incendio: ma le ultime parole ἐάν τις ἀποκτείνῃ δούς si riferiscono manifestamente a φαρμάκων e non a πυρκαϊᾶς come dimostra il participio δούς; e per-

(17) Samuel Petit Leg. Atticae et Comment. *ristampato* in Heineccii jurisprudentia rom. et attica t. III. p. 55. 605. *Diversi passi di altri scrittori p.* 609. *confermano questo frammento*.

(18) Le parole chiuse dentro parentesi sono state aggiunte dall' interprete.

(19) l. c. pag. 608.

(20) l. c. p. 17.

ciò l' eccitamento d' un incendio apparteneva alle accuse pubbliche, delle quali si trattava davanti all' Areopago.

Si potrebbe obiettare, che nella trattazione delle cause si faceva ai membri dell' Areopago la quistione ἐάν τις ἀποκτείνῃ (*an necassit*), e che solamente i congiunti dell' ucciso avevano il diritto di accusare (21). ma queste disposizioni, che contemplano il caso principale dell' omicidio, si accomodano poco al delitto di ferimento, come a quello d' incendio, e non possono perciò dimostrare, che la legge ateniese prendesse di mira il solo omicidio, commesso col fuoco.

La pena dell' incendio non è espressa in alcun luogo. Dal parlarsi per altro di questo delitto insieme con quello, che avea per conseguenza la morte, si può dedurre che la pena fosse la stessa (22).

§. 4. Quanto al diritto romano nulla si conosce dei tempi anteriori alle XII. Tavole rispetto al delitto d' incendio (23). Ma dalla sterilità di notizie di quel primo periodo non si può arguire l' impunità, nè affermare, che per l' incendio fossero esperibili semplici azioni civili, dirette a conseguire il risarcimento (24); chè non occorreva nemmeno una legge precedentemente formata, perchè si potesse punire l' incendio. — Del resto, secondo lo spirito della legislazione di quel tempo, e secondo la veduta dominante nelle XII. Tavole, si potrebbe conchiudere, che l' incendio doloso fosse verisimilmente punito di morte.

(21) Heinec. l. c. pag. 607. 609.

(22) Heinec. l. c. pag. 55. 610.

(23) L' idea legale di questo delitto sarà data di sotto, come risultato della nostra ricerca.

(24) Hartz l. c. pag. 16. ascrive erroneamente questa asserzione ad Hugo, il quale nel §. 108. afferma ciò del solo incendio colposo.

Nelle XII. Tavole all'incontro si parlò certamente dell'incendio. La L. 9. D. *de incendio*, *ruina*, *naufragio*, che è un frammento del lib. IV. di Gajo *ad L. XII. Tab.*, dice :

« *Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit, vinctus* (25), *verberatus, igni necari jubetur: si modo sciens prudensque id commiserit; si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire jubetur, aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnis species aedificii continetur* ».

Gajo aveva davanti agli occhi la legge delle XII. Tavole: e sembra potersi dedurre dal tuono delle parole qui sopra spazieggiate, che le medesime appartengano ai Decemviri. I dottori, che si sono occupati della restituzione delle XII. Tavole, declinano dal riferito frammento, in quanto che pongono *aedes* (26) in vece di *domum*, ed al verbo *combusserit* sostituiscono *incensit* (27). Alcuni fra *aedes* ed *acervumve* hanno ancora inserito la parola *alienas* (28). Quest' ultima modificazione non è appoggiata ad alcun motivo: anche la prima si fonda poco egualmente sopra un determinato significato, e la seconda deve la sua origine solamente ad una osservazione di Festo (29), il quale dice, che in luogo d' *incenderit* si

(25) Il mss. fiorentino legge *victus*, che dà un senso molto forzato. La proposizione di sostituirvi *ictus* è anche meno adattata alla natura della cosa ed alla maniera di scrivere.

(26) Sono di questo parere Gothofred, Hotomann, Ursinus nell'*historia juris* di Hoffmann tom. II., e Gravina *de orig. juris civ.* pag. 375.

(27) Hoffmann l. c. pag. 230, Gravina l. c.

(28) Hotomann ed Ursinus l. c.

(29) « *Sextus Pomponius Festus Paulo Diacono conjunctus sub voce incensit* ». Alcuni scrivono *endocensit*, perchè più anticamente si disse endo per in.

usò anche *incensit*. Dal che si rileva, che si può stare al testo riportato.

§. 5. Per *aedes* (nel numero del più) si debbono intendere, secondo Gajo, tutti gli edifizj. Quella parola originalmente significa un edifizio da abitarsi (30), senza far differenza, se sia collocato in città, od in campagna (31): ma impropriamente si usò di questo nome a designare ogni fabbrica (32). Per vero, secondo l'uso di parlare, che correva ai tempi del giureconsulto Florentino, si chiamavano *aedes* le sole fabbriche situate in città (33): ma questa pratica non fu costante (34), e prima potè esser diversa (35), e non si potrebbe mai trarre da ciò un rimprovero d'inesattezza contro di Gajo; onde il significato assegnato da lui dee ritenersi per giusto. I Basilici (36) traducono il genitivo *aedificii* della citata L. 9. con la parola οἰκοδομήματος, e così in un modo affatto conforme all'uso latino (37).

(30) Festus sub voce *aedis* « *Domicilium in edito positum, simplex atque unius aditus* » — Varro de ling. lat. IV. 33. — L. 41. §. 8. D. *de legatis I.*

(31) Varro l. c. dice, che le casuccie di assi, nelle quali soleva abitare la gente minuta, si chiamavano *tabernae*. Nel censo le case di campagna si chiamavano *villæ*.

(32) Isidorus Originum lib. XV. cap. 3.: « Omne ædificium antiqui ædem appellaverunt ». — Festus sub v. *tabernacula*: « Itaque ædificare cum sit proprie ædem facere, ponitur tamen pro omni genere constructionis καταχρηστικῶς — L. 1. §. 8. D. *de cloacis*.

(33) L. 211. D. *de verb. sign.* « — *Sed in usu urbana ædificia aedes, rustica villae dicuntur* ».

(34) L. 4. §. 1. D. *de legat. I.* « *Ex ædibus suis urbanis, atque rusticis* ».

(35) Le XII. Tavole dicevano *tignum junctum ædibus*; il che si intendeva di tutti gli edifizj. Festus sub. v. *tignum*.

(36) Lib. 60. tit. 19. L. 10.

(37) L. 198. D. *de verb. sign.* È nota la divisione *in ædificia publica, privata, sacra.*

Frumentum equivale a frutto di spiga (38), e per lo più non tribbiato (39).

Domus vuol dire, com' è noto, un' abitazione umana (40), cioè una casa, senza riguardo a luogo di città, o di campagna (41): e *comberere* significa bruciare, cioè distrugger col fuoco.

Chiunque perciò bruciava scientemente e volontariamente una fabbrica di una certa specie, od un mucchio di biade posto accanto a una casa; dopo essere stato legato e battuto dovea soffrire la morte per mezzo del fuoco: e, quando ciò facesse per imprudenza, era tenuto al risarcimento del danno cagionato (42).

§. 6. Questa pena della legge delle XII. Tavole sembra al primo sguardo assai grave: ma la meraviglia sparisce, se si considera la selvatichezza di que' tempi, e la consuetudine di fustigare quasi tutti i delinquenti prima di giustiziarli, o di percuoterli a morte. I Romani, oltre le loro casipole d' assi, avranno avuto in allora pochi altri edifizj in campagna. E la pena del fuoco discendeva ancora dall' esser consecrato l' incendiario alla Dea Vesta (43).

Sono divise le opinioni nel determinare il perchè allato all' incendio degli edifizj sia subito nominato quello del mucchio di biade situato accanto ad una casa. Al-

(38) Servius de serm. lat. — L. 77. D. *de V. S.*

(39) Cic. Epist. ad Attic. V. 18.

(40) Non. Marcellus de proprietate sermonum c. VI. sub v. *domus*. — L. 18. D. *de in jus voc.*

(41) Isid. XLV. c. 3. — L. 3. Cod. Theod. *de collat. donat.*

(42) È noto, che *casus* e *culpa* hanno un significato contrapposto a quello di *dolus malus* L. 5. §. 2. D. *de pœnis* — Collat. leg. mos. et rom. tit. I. §. XII.

(43) Bouchaud Commentaire sur la loi des douze tables tom. III. p. 19.

cuni credono (44), che questo sia un esempio, posto ad indicare qualunque incendio doloso dell'altrui proprietà: ma a qual fine il legislatore avrebbe dovuto ricorrere a questo allungamento di strada? Altri pensano, che egli contemplasse solamente le biade, che erano a que' tempi la cosa del maggior valore, e che per solito si custodivano all'aria aperta accanto alla casa (45): ma allora si sarebbe detto *juxta domum poni solitum*, e la pena sarebbe stata la forca, come nel furto notturno, o nel guasto dei frutti sul campo, nel qual caso il delinquente era sacro a Cerere (46). Per lo che sembra più verisimile, che il legislatore insieme con l'importanza delle cose abbruciate considerasse ancora il pericolo d'una abitazione umana, e che perciò, quando si voglia concedere un'estensione (47), cada sotto la legge solamente l'incendio di cose di gran valore (48) con pericolo di una abitazione (49).

§. 7. Rispetto all'abbruciamento doloso di altri oggetti, che non sono nominati nella legge allegata, non si trovano vestigie di que' tempi. Ma è difficile, che i

(44) Hamberger l. c. pag. 17.

(45) Anche ora nei paesi rozzi sono assai rari i granaj.

(46) Leg. XII. Tabb. tab. VII. l. 5. — Hugo storia del dritto pag. 250.

(47) La dichiarazione estensiva è conforme allo spirito di quella legislazione. Conf. L. 1. D. *de tigno juncto*, L. 3. D. *arb. furt. cæs.*

(48) Oltre alle loro mucchie di biade i Romani, che a motivo del loro clima non avevano bisogno di grandi masse di legname, dovevano tenere all'aperto pochi oggetti, su cui fosse possibile un incendio, pericoloso ad una abitazione.

(49) I Basilici (lib. 60. tit. 19. l. 10.) inseriscono nella interpretazione del riferito frammento di Gajo, che l'incendio fuor di città dee punirsi col taglio della mano: ma la specie della pena dimostra la sua origine posteriore, tantopiù che i Basilici sogliono introdurre le nuove disposizioni, come se fossero dell'antico diritto. Hoffmann Melethemata diss. 31. §. 5.

casi più gravi, per esempio l'incendio delle biade non ancor distaccate dal suolo, delle viti, e simili, rimanessero impuniti. Forse era qui applicabile la stessa legge delle XII. Tavole a tenore del cenno, che abbiamo dato nella nota 47.

L' incendio colposo degli edifizj non si traeva dietro, secondo il diritto delle XII. Tavole, che il semplice dovere di risarcire il danno. Soltanto, se il colpevole era impotente a riparare, doveva soggiacere ad un leggiero castigo (50). Per altro è appena verisimile, che questo principio fosse proprio di quel tempo antico. Aveva il creditore tanti e così forti diritti contro il suo debitore moroso, che non abbisognava affatto del castigo.

Alcuni credono, che le XII. Tavole nell'incendio colposo abbiano rilevato il caso, in cui nell' abbruciare gli steli, le stoppie, e simili (operazione rurale) (51), il fuoco si diffondesse più oltre, e recasse danno al podere del vicino, e che in vece delle parole *si casu* nella citata L. 9. D. *de inc. ru. naufr.* dicesse *stipulam incendenti ignis fugit* (52): ma il Gothofredo lo reputa un ritrovato dei giureconsulti, perchè non era necessario di rilevar nella legge un caso speciale (53).

§. 8. Le disposizioni finquì sviluppate ebbero verisimilmente la loro applicazione per lungo tempo dopo la promulgazione della legge delle XII. Tavole. Qui la storia del diritto ci abbandona affatto. Anche rispetto all' esecuzion della pena dell' incendio gli scrittori di sto-

(50) L. 9. D. *de inc. ru. naufr.*

(51) L. 30. §. 3. D. *ad L. Aquil.* — Cujac. Obs. lib. XXI. c. 21. et ibi alleg. Virgilius.

(52) Queste parole sono della *Collat. leg. mos. et rom.* tit. XII. §. 7.

(53) Jac. Gothofredus Fontes juris civilis p. 218.

ria ci hanno conservato assai poco (54); perchè fra le altre cose con l' accusa di un capitale delitto non andava, com' è noto, ordinariamente congiunto l' arresto, ma il delinquente potea sottrarsi alla pena con l' esiglio volontario (55). La pena legale dell' incendio dovè divenire eseguibile anche più raramente, e soltanto sopra i non cittadini, quando la *Lex Porcia* dell' anno 557 *ab U. C.*, ed anche più precisamente la *Lex Sempronia* dell' anno 631 *ab U. C.* proposta dal famoso tribuno della plebe Cajo Sempronio Gracco, presero a proteggere in ogni circostanza la vita d' un cittadino romano, e dichiararono che le pene di morte cadessero sulla libertà civile (56). Queste leggi, che perdono il loro meraviglioso in virtù della indicata consuetudine, già da lungo tempo introdotta, dell' esiglio volontario, stavano nulla di meno in diretta contradizione con gli antichi ordini ed usi, che richiedevano la pena di morte. Era riserbato al tempo di rimediare a questa irregolarità: e nacque il naturalissimo pensiero di permutare l' esiglio volontario nella pena dell' esiglio costretto, con che si ottenne ancora il fine politico della sicurezza, allontanando i cittadini disutili e pericolosi. Ciò avvenne specialmente per mezzo della *Lex Cornelia de sicariis et veneficis*.

(54) Livio lib. XXVI. c. 27. parla di un incendio a bella posta eccitato, che ridusse in cenere quasi tutti i contorni dell' edifizio: ma non rammenta la specie di pena, che colpì gli autori.

(55) Antonii tractatus de exilio — V. Meermann thesaurus novus t. III. p. 17. 18. 22. Hugo storia del dritto pag. 250.

(56) Sallustius Con. Cat. c. 47. Cicero in Verrem orat. II. c. 63. 66. « *Facinus est vinciri civem romanum, scelus verberari, prope parricidium necari: quid dicam in crucem tolli?* ».

ARTICOLO II.

Dalla Lex Cornelia de sicariis *sino alla Legislazione giustinianea*.

A. *Lex Cornelia de sicariis*.

§. 9. Nella legge promulgata dal dittatore Cornelio Sulla nell' anno 673. ab U. C., e principalmente diretta contro l' omicidio e il veneficio, si trova fatta distintamente parola anche dell' incendio. Marciano *lib. XIV. Inst.* dice (57): « *Lege Cornelia de sicariis et veneficis tenetur, qui hominem occiderit,* cuiusve dolo malo incendium factum erit; *quive hominis occidendi furtive faciendi causa cum telo ambulaverit etc.* » (58). Lo stesso dice Ulpiano *lib. VIII. de off. procons.* (59): « *Incendiariis Lex quidem Cornelia aqua et igni interdici jussit* ». La pena di questa legge Cornelia era l' antico bando romano, *exilium* (*extra solum*) ossia *aquae et ignis interdictio* (60), il discacciamento dalla comunità dei cittadini romani. Sotto di ciò non s' intendeva il bando da tutto quanto l' impero romano, ma d' ordinario solamente dall' Italia secondo i suoi confini d' allora; verisimilmente perchè ai tempi di Sulla e di Cicerone la maggior parte delle Città italiche avevano conseguito il di-

(57) L. 1. pr. D. *h. t.*

(58) Chi non riconosce la somiglianza di questa legge Cornelia con la legge attica, riportata di sopra al §. 3., e diretta anch' essa nel medesimo tempo contro il veneficio? E specialmente se in quella per ferite con proposito s'intendono le fatte con intenzione di uccidere?

(59) Collat. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 5. Vide Schulting Jurispr. antejustin. p. 676.

(60) V. anche Cic. parad. 4. in f.

ritto della romana cittadinanza (61). Con questo bando non era collegata la perdita diretta della romana cittadinanza: la quale si perdeva soltanto per l'ammissione al diritto di cittadinanza del luogo, in cui si tramutava il bandito (62). Tanto poco la confisca di tutto il patrimonio *ipso jure* formava un elemento di questa pena (63). Alcune leggi ed alcuni giureconsulti dicono per verità, che la pena della legge Cornelia fosse la *deportatio in insulam* (64), la quale andava necessariamente congiunta con la perdita degli averi e della cittadinanza (65): ma questo è un anacronismo, non insolito nelle collezioni romane del dritto, mentre è noto, che la diportazione s'incominciò ad introdurre, come specie di pena, solamente sotto l'impero d'Augusto (66).

§. 10. La pena dell' *aquae et ignis interdictio* prova, ancorchè la storia della legislazione d' allora non ce ne instruisse, che la legge Cornelia fu fatta pe' soli cittadini romani. Questa pena in fatti è appena un male per uno, che non sia cittadino, non sia libero, o sia forestiero. I motivi, che fecero andare in desuetudine la pena di morte (§. 8.) non erano applicabili a simili persone. Dunque nella punizione di queste si dovè ricorrere ad altri principj: ed era naturalissimo, che, quando non esistevano precedenti diritti provinciali, si ritornasse all'antica legge, la quale era abolita pe' soli citta-

(61) Cujac. Obs. VI. 39. Cropp. Comment. de praec. jur. rom. circa conatum delinquendi Sect. II. pag. 67.

(62) Cic. orat. pro domo sua.

(63) J. C. F. Meister giudizj e pareri pag. 475.

(64) L. 3. §. 1. D. *ad L. Corn. de sic.* Paul. rec. sent. V. 23. Coll. leg. mos. et rom. tit. I. §. 2.

(65) L. 1. pr. L. 7. §. 5. D. *de bon. damn.* L. 6. pr. D. *de interd.*

(66) L. 2. §. 1. D. *de pœnis*, L. 3. D. *ad L. Jul. pecul.* Schulting l. c. p. 47. 48.

dini romani (67). È per altro probabile, che si applicasse soltanto nei casi gravissimi, perchè i tempi erano divenuti più miti.

Ma la pena dell' esiglio contro i cittadini romani divenne insufficiente anche ai tempi della repubblica. I più ricchi specialmente delinquevano con tanto minore difficoltà, benchè portavano seco nel bando le proprie sustanze. Quindi Giulio Cesare si vide obbligato a congiugnere con l' esiglio la perdita della metà degli averi (68). Da Augusto in poi entrò a poco a poco nel luogo dell' esiglio la *deportatio in insulam*, che poteva esser pena anche pe' delinquenti, che non erano cittadini.

Siccome sotto i successivi Imperatori la dignità di cittadino romano andò sempre più decadendo, ed essi esercitarono una signoria sempre più dispotica, senza badare alle leggi neppure esternamente (69); così dovè esser difficilissimo uniformarsi alla pena legale della *Lex Cornelia*, e specialmente nel delitto d' incendio (70).

§. 11. Le pene di morte, che non andarono mai in disuso rispetto ai non cittadini, furono sempre eseguite con la massima crudeltà contro gli schiavi, ed a poco a poco ritornarono in vigore pe' cittadini. Quando l' im-

(67) Cic. epist. ad Q. fratrem. I. 2. 2. parla del *vivicomburio* come di una pena Conf. Hugo Storia del diritto pag. 492.

(68) Suet. Jul. Caes. c. 43. « *Poenas facinorum auxit: et quum locupletes eo facilius scelere se obligarent, quod integris patrimoniis exulabant, parricidas, ut Cicero scribit, bonis omnibus, reliquos dimidia parte multavit* ».

(69) Suet. Claud. 14. 34.

(70) Tacit. Annal. XV. 44. parlando di Nerone, che facea giustiziare coi più squisiti martori i cristiani, incolpati dell' incendio di Roma, dice: « *Unde quamquam adversus sontes et novissima exempla meritos miseratio oriebatur, tanquam non utilitate publica, sed in saevitiam unius absumerentur* ». Il che prova, che la pena di morte si applicava allora anche ai cittadini, che si trovavano nel numero dei cristiani.

peratore Antonino (71) concesse il diritto di cittadinanza a tutti i sudditi romani, le pene, che prima erano state un privilegio dei cittadini, si presero a considerare come un privilegio dei gradi più notevoli. E così viene a schiarirsi di per sè quello che dicono Paolo (72) e Marciano (73), i quali vissero sotto Caracalla, e precipuamente sotto Alessandro Severo: che cioè la pena di morte fosse allora in uso pe' casi, che appartenevano alla *Lex Cornelia de sicariis*; che una tal pena fosse introdotta dalla consuetudine (*solent hodie*), e sostituita alla *deportatio in insulam*; che la *deportatio* si applicasse solamente alle persone di condizione elevata (74), e che quelle di una classe umile soggiacessero d'ordinario ad una pena di morte qualificata (75), vale a dire alla esposizione alle fiere (76).

Quindi conseguentissimamente Ulpiano, scrittore contemporaneo, dice dell'incendio, che cade sotto questa legge Cornelia (77): « *Qui data opera in civitate incendium fecerint, si humiliore loco sint, bestiis objici solent; si in aliquo gradu id fecerint, capite puniuntur, aut certe in insulam deportantur* » (78).

(71) Probabilissimamente Caracalla L. 17. D. *de statu hominum*.

(72) Rec. Sent. V. 23. §. 1. conf. §. 5. Inst. *de publ. jud.*

(73) L. 3. §. 5. D. *ad L. Corn. de sic.*

(74) L. 16. D. *eod.* « *Qui eadem admiserunt sponte dolove malo, in honore aliquo positi deportari solent, qui secundo gradu sunt capite puniuntur* ».

(75) Queste persone furono in ciò parificate agli schiavi. L. 10. pr. L. 16. §. 3. L. 28. §. 16. D. *de poenis*.

(76) Paolo l. c. nomina la crocifissione, o il getto alle fiere; Marciano l. c. dice solamente *vel bestiis subjici*.

(77) L. 12. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.*

(78) Che qui *poena capitis* voglia dire pena di morte si vede dal far contrapposto a *deportatio*: e questo senso è poi fatto chiaro dalla L. 11. §. 3. D. *de poenis* confrontato con tutto il tit. Inst. *de publ. jud.* In senso lato per altro *poena capitis* equivale a *poena ca-*

§. 12. Ma quali erano i casi d'incendio, che venivano compresi sotto la legge Cornelia?

Incendium significa quel fuoco, che eccita concorso di gente, strepito, e trepidazione (79). Il fuoco perciò debb' essere indomabile pei singoli (80), assai pericoloso e devastatore. Questo vocabolo non si usa in senso attivo per eccitamento d' un incendio, ossia per incendimento (81). D'ordinario i Basilici (82) traducono *incendium* con la voce ἐμπρησμός, che significa l' atto d' appiccare il fuoco, o d' incendere, e così riconoscono in quella parola un significato attivo, che non è pienamente esatto. Πυρκαΐα, fuoco acceso, bruciamento, ne renderebbe più esattamente il senso.

Incendiarius significa il causatore d' un bruciamento, ed *incendere* vuol dire porre in fuoco. L' atto di appiccare semplicemente il fuoco, anche senza danno, si esprime col verbo *accendere*.

Ciò premesso si dee primieramente indagare su quali oggetti dovesse essere eccitato l' incendio, perchè l' azione cadesse sotto la *Lex Cornelia de sicariis*.

Il significato letterale della parola *incendium* somministra poco schiarimento in proposito. Soltanto si può dire, che questo vocabolo in senso proprio e metaforico è congiunto dal latini scrittori con una moltitudine di

pitalis L. 9. §. 1. D. *ad L. Pomp de parricid.* L. 2. D. *de publ. jud.*, L. 28. pr. D. *de poenis*, L. 23. D. *de V. S.*, ed allora significa ogni pena, che priva della vita, della libertà, o della cittadinanza.

(79) L. 1. §. 2. D. *de inc. ru. naufr.* — *propter incendium* vale *propter tumultum incendii, seu trepidationem incendii.*

(80) La *suspicio incendii* si distingue esattamente dall' *incendium*. L. 1. §. 4. D. *eod.*

(81) Quindi invece di *crimen incendii* si dovrebbe dire *crimen incendii facti*.

(82) Lib. LX. tit. 18. L. 5., tit. 39. L. 1.

oggetti (83), ma che, quando si trova solo, s' intende per solito nel senso di un bruciamento di edifizj (84). Qualche cosa di più esatto si può attingere bensì dalla storia, e dal tenore della legge Cornelia.

§. 13. Questa legge subentrò nel luogo dell'antico diritto, il quale contemplava solamente l' incendio degli edifizj, ed il pericolo eccitato sopra le abitazioni (§. 5. 6.). Il legislatore prese in tutto e per tutto di mira (85) i delitti, che offendono, o mettono in pericolo la vita de' cittadini (86); dunque non potea riguardare che quell' incendio, da cui venisse distrutto, o messo in pericolo un edifizio abitato (87). Questo caso avrà sempre luogo nelle città, cioè dentro ad un cumulo di fabbriche: in campagna, dove gli edifizj sono dispersi, avrà luogo d' ordinario solamente allorchè l' incendio assalga una casa, di maniera che o bruci questa, od un oggetto accanto alla medesima, l'ardore del quale possa considerarsi come lucendio (§. 6. 12.). A ciò si aggiugne, che la *Lex Cornelia de sicariis* non contiene originariamente che prescrizioni date al *praetor*, ed all'*judex* per via dei delitti commessi in Roma, od in una circonferenza, che non ecceda i mille passi (88). Or queste

(83) Scheller Gran dizionario latino-germanico sub v. *incendium*. L. 15. §. 3. D. *loc. cond.*

(84) Liv. XXVI. 27., Cic. Parad. 4. - L. 1. §. 2. 4. D. *de inc. ru. naufr.*

(85) Ciò è dimostrato dall' intiero titolo *ad L. Corn. de sic.*

(86) Solamente più tardi vi si aggiunsero alcune più gravi lesioni del corpo. L. 4. 11. D. *eod.*

(87) Qui non si parla ancora dell' intenzion dell' agente, ma di azioni obiettivamente pericolose.

(88) Coll. leg. mos. et rom. 1. §. 3. *Ulpianus lib. VII. de officio proconsulis, sub titulo de sicariis et veneficis. Capite primo legis Corneliae de sicariis cavetur, ut is praetor judexve quaestionis, cui sorte obvenerit quaestio de sicariis, ejus quod in Urbe Roma propius mille passus factum sit, uti quaerat cum judicibus, qui*

prescrizioni ricevevano per verità una piena applicazione anche agli omicidj ed ai veneficj, commessi altrove: ma non era lo stesso degl' incendj, onde non venisse compromessa la sicurezza di Roma, verso i quali si procedeva con più benigni riguardi. Ma quando il diritto di cittadinanza fu compartito a tutti i sudditi dell' impero romano, si dovè riconoscere, anche per gl' incendj eccitati in altre città (89), una pena eguale a quella, che la legge prescriveva per Roma.

In sequela di ciò cadono sotto la legge Cornelia *de sicariis*, e sono colpiti dall' intiera pena di essa, i soli incendj eccitati in città, e sulle abitazioni di campagna.

§. 14. Che queste idee avessero effettivo valore anche quando si formavano e si consolidavano a poco a poco, ce lo provano le disposizioni penali, indicate da Paolo e da Ulpiano, le quali esattissimamente concordano con le cose, che abbiamo finqui sviluppate.

Soltanto per via d' un incendio eccitato in città si applica la intiera pena della legge Cornelia *de sicariis*, cioè d' ordinario la pena di morte. « *Incendiarii* (90), *qui quid* *in oppido* *praedandi causa faciunt, capite* (91) *puniuntur* ».

Questa regola è determinata anche meglio dal passo di Ulpiano, riferito al §. 12., dove le parole *in civitate* meritano una special considerazione. Nella *collatio leg. mos. et rom.* si trova quello stesso frammento di Ulpiano, con la sola differenza, che ivi si dice *si in ali-*

ei ex lege sorte obvenerint, de capite eius, qui cum telo ambulaverit, hominis necandi furtive faciendi causa, hominemve occiderit, cuius id dolo malo factum fuerit. Et reliqua ».

(89) Hugo. Storia del dritto pag. 492.

(90) Paul. Rec. sent. V. 20. §. 1.

(91) Coll. leg. mos. et rom. XII. 4.

quo gradu e t R o m a e *id fecerunt*, e che sul fine si fa parola anche dell' incendio colposo. Mediante questa inserzione, quando non sia una glossa, e mediante il contrapposto dell' incendio doloso e colposo, senza menzionare il doloso *extra civitatem*, rimane anche più confermata la nostra dichiarazione. I Basilici pure hanno collocato questo passo sotto la *Lex Cornelia de sicariis*.

Degli incendj suscitati in campagna sono nominati solamente quelli di una *casa* (92), cioè di una capanna, o povera abitazione campestre (93), o casa colonica (94), e di una *villa*, cioè di una migliore e più ricca abitazione di campagna, o di una fabbrica appartenente ad essa, e sono colpiti con una pena inferiore a quella della legge Cornelia *de sicariis*. Paolo dice (95): « *Qui c a s a m aut v i l l a m inimicitiarum causa incenderunt, humiliores in metallum aut in opus publicum damnantur; honestiores in insulam relegantur* ». Lo stesso Paolo dice bensì in un altro luogo affatto generalmente: « *Incendiarii, qui consulto incendium inferunt, summo supplicio afficiuntur* » (96): ma questo passo, secondo le note regole d' interpretazione, appunto per la sua generalità, non contraddice agli altri frammenti (97), che contengono lo speciale, e dee piuttosto esser dichiarato da essi.

(92) C a s a » *a cavatione dicta est agreste habitaculum, palis, atque virgultis, arundinibusque contextum, quibus possunt homines se tueri a vi frigoris, vel caloris injuria* ». Fest. *sub hac voce*.

(93) Impropriamente si chiama *casa* ogni capanna dovunque collocata. S c h e l l e r l. c. sub v. *casa*. Liv. V. 53.

(94) L. 20. D. *si servitus vind.* — L. 41. §. 3. D. *de legat. III.*

(95) Rec. Sent. V. 20. §. 2. Coll. leg. mos. et rom. XII. §. 2.

(96) Rec. Sent. V. 3. §. 6.

(97) Coll. leg. mos. et rom. XII. 6. « *Paullus libro singulari de poenis paganorum sub titulo de abigeis: Incendiarii, qui in oppido praedae causa id admiserint, capite puniuntur* ».

§. 15. Una quistione ulteriore si è, se vi si debba computare l' incendio suscitato dentro ad un villaggio, cioè dentro ad una riunione di abitazioni campestri (*pagus, vicus*).

Se noi applichiamo quivi le massime generali (§. 13); il decidere, se ogni incendio causato dentro ad un villaggio sia pericoloso alle abitazioni, palesemente dipende dal modo, in cui è fabbricato il villaggio medesimo. Non era dunque possibile nominare questa specie d' incendio, come appartenente in generale alla *Lex Cornelia de sicariis* (98). *Casa* senza dubbio significa ogni umile abitazione campestre, ancorchè posta in un villaggio, e la *villa*, tanto può esser separata, quanto in un villaggio; per modo che era superfluo il parlare specialmente dell' incendio suscitato nel villaggio.

Questa idea si conferma, osservando, che la legge Cornelia originalmente partì dagl' incendj suscitati in Roma: e quando si applicò la intiera pena anche a quelli scoppiati in *aliis oppidis et civitatibus*, vi rimase il primitivo contrapposto fra i bruciamenti causati in città ed in campagna. Conseguentemente un incendio suscitato in un villaggio non si poteva assolutamente contare fra i primi.

Di che è tanto meno da meravigliarsi, perchè sembra che i grandi villaggi fossero rari; perchè qualche *villa* con le abitazioni pe' coloni e per gli schiavi non

(98) Di un *oppidum*, così detto o dalle mura, o dallo scambievole aiuto, che si prestano gli abitanti, e che è chiamato altresì *maximum aedificium* (Varro de ling. lat. IV. 32., Festus sub h. v., Isidorus XV. 2.) si potea bene affermare, dove specialmente uno si ricordi della costruzione di Ercolano e di Pompej. *Non. Marcellus* V. 27. riporta le seguenti parole del lib. I. di Cic. de rep. « *Quam conjunctionem tectorum oppidum vel urbem appellarunt, delubris distinctam, spatiisque communibus* ».

potea molto rassomigliare a un villaggio; perchè la parola *pagus* fu altresì adoperata per *villa* (99), e frequentemente significa distretto, cioè un numero di casette rustiche aventi un vincolo comune, tuttochè fabbricate separatamente (100); perchè in fine pare, che si usasse *vicus* (101) a designare un borghetto, ed anche una *villa* (102).

Riman dunque ferma la regola posta di sopra al §. 13.: e così anche nei villaggi il solo pericolo delle abitazioni decide della possibile applicazione della *Lex Cornelia*.

§. 16. Pigliando in secondo luogo a considerare la parte subiettiva del delitto, vuolsi prima di tutto notare, che le sole violazioni *dolose* (103) appartenevano alla detta legge. E l'intenzione del delinquente doveva essere determinatamente diretta a privar di vita un uomo, od a commettere un furto, intrapreso con circostanze pericolose alla vita (104). Alcune altre violazioni, in cui l'intenzione del delinquente non suol esser quella sopraccitata, vennero più tardi sotto questa legge in virtù di particolari senatusconsulti (105).

Se questi principj si applicano all'incendio, si vede, che alla Legge Cornelia non si adattano quasi che

(99) Brissonius sub. v. *pagus*.

(100) L. 4. pr. D. *de censibus* — Scheller l. c. sub v. *pagus*.

(101) Nella città si chiama *vicus* un quartiere, cioè un numero di edifizj costruiti insieme, e divisi per mezzo di strade dagli altri, ed altresì un solo edifizio con un portone per diversi abitatori. Festus sub v. *vici*.

(102) L. 77. §. fin. D. *de legat. II.* — Cicero de divin. XIV. 1.

(103) L. 1. pr. — L. 7. D. *ad L. Corn. de sic.*

(104) L. 1. pr. D. *eod.* « *Quive hominis occidendi, furtive faciendi causa cum telo ambulaverit* « L. 1. §. 3. — L. 3. pr. §. 1. 2. — L. 16. D. *eod.* — Paul. Rec. Sent. V. 23. §. 1-6.

(105) L. 3. §. 4. 5. — L. 4. §. 2. — L. 5. 6. 11. 13. D. *eod.*

questi fatti: cioè se l'agente, per impadronirsi dell'altrui proprietà (*praedae causa*) suscitò un incendio, o se gli diede causa per uccidere un uomo (*inimicitiarum causa*) o l'intenzione fosse determinata, o indeterminata (106). Ciò si conferma in quanto che gli scrittori, quando citano nell'incendio la pena della Legge Cornelia, aggiungono d'ordinario le parole *praedae* o *inimicitiarum causa*, o qualche cosa di equivalente, ed in un modo in cui non sembra potersi ammettere, che lo facciano solamente per addurre un esempio.

Il credere, che lo facciano a guisa di esempio, sembra sostenuto da un passo di Ulpiano e di Paolo: i quali (§. 14.) parlano di un incendio suscitato *data opera*, o *consulto*, senza farvi altra aggiunta, e riconoscono applicabile al caso la intiera pena della legge Cornelia. Ma essi sotto quella formula generale possono ancora aver inteso quelle due sole specie d'intenzione finale, che servono necessariamente di base al delitto: e ciò, come si mostrerà in seguito, è sommamente probabile, se non certo.

§. 17. Un luogo di Callistrato, che visse presso a poco nel medesimo tempo di Ulpiano e di Paolo, dice così: « *Incendiarii capite puniuntur, qui ob inimicitias, vel praedae causa incenderint intra oppidum, et plerumque vivi exuruntur: qui vero casam, aut villam, aliquo lenius* » (107). Ciò concorda pienamente coi principj sviluppati nel §. 13. e 14. Imperocchè in questo passo si contemplano solamente gl'incendiarj di grado umile, stantechè immediatamente avanti si tratta di schiavi e di persone vili: ed i Basilici interpretano οἱ δημώλεις καὶ εὐθελεῖς ἐλεύθεροι ποιοῦντες ἐμπρησμούς, cioè *plebeji et humiles liberi ho-*

(106) Arg. L. 3. pr. D. *eod.*
(107) L. 28. §. 12. D. *de poenis*.

mines facientes incendia. Simil persone sono colpite della pena di morte constituita per regola, vale a dire della esposizione alle fiere, e ciò per la loro condizione. Bensì la pena del fuoco qui nominata, sebbene non comparisca adesso, avvegnachè Nerone facesse in simili casi bruciare i delinquenti, è un poco più grave di quella. La cosa può agevolmente schiarirsi per mezzo dell' istoria. Paolo (§. 11. nota 76.) diede come pena ordinaria della legge Cornelia per le persone di umile stato la esposizione alle fiere, o la crocifissione. Questa era una delle più gravi pene di morte, anche più grave della consueta esposizione, e può essere stata perciò riservata pe' casi atrocissimi. Il vivicomburio fu riputato come più grave ancora (108). In seguito per altro l' imperator Costantino il Grande abolì la crocifissione, e ritenne in luogo di essa la forca e il patibolo. La crocifissione dunque sparì dalle Pandette, e le subentrò la *damnatio ad furcam* (109), alla quale fu stimata almeno pari la pena del fuoco (110). Così Triboniano in luogo della crocifissione, addotta da Paolo, potè porre il vivicomburio, e comprendervi i casi gravissimi, come già dimostra il contrapposto con la consueta pena di morte nominata nella soprallegata L. 28. §. 12. D. *de poenis.*

Gli scolj dei Basilici al detto passo contengono ciò letteralmente (111). Quindi la pena del fuoco può colpire solamente coloro, che suscitano un incendio in città *praedae* o *inimicitiarum causa*, e gli altri che fanno ciò *simpliciter* (ἁπλῶς), soggiacciono solamente alla *poena capitis* (κεφαλικῶς κολάζονται).

(108) Paul. Rec. Sent. V. 23. §. 17. — Schulting l. c. pag. 406. not. 6.

(109) Paul. Rec. Sent. V. 23. §. 1. coll. L. 38. §. 2. D. *de pœnis.*

(110) L. 28. pr. D. *de pœnis.*

(111) Fabrot. tom. VII. pag. 859.

§. 18. Ulpiano lib. VIII. *ad Sabinum* (112) dice : « *Si quis dolo insulam meam exusserit, capitis poena plectetur quasi incendiarius* » . *Incendiarius* è il nome di quel suscitatore di fuoco, che cade sotto la legge Cornelia, come gli omicidi e gli avvelenatori, contemplati dalla medesima legge, sono appellati *sicarii* e *venenarii* (113), o *venefici*. Chiamasi *insula*, com'è noto, un'abitazione isolata (114) di città (115): e *quasi* ha per solito nei libri del diritto romano un significato di *analogia*, cioè di somiglianza con un oggetto comparato (116), ed il più delle volte si dee tradurre per *come*, o *come se*. Perchè dunque l'*incendiarius*, di cui parla il passo citato, si chiama *quasi incendiarius*, e cade solamente per analogia sotto la *Lex Cornelia de sicariis*? Per sodisfare a questa domanda le ragioni possono esser due: o perchè l'agente abbruciò un'*insula*, cioè una fabbrica isolata; o perchè la pose in fuoco solamente per dolo, e senza lo scopo finale altresì richiesto.

La prima ragione non è buona; perocchè se la differenza dipendesse dalla posizione isolata della casa; non si potrebbe chiamare *incendiarius* chi ponesse in fuoco una *villa*, od una *casa*. Ed è impossibile, che le leggi, le quali parlano con tanta precisione, dieno il nome d'*incendiarius* a chiunque suscitò un incendio *intra oppidum*, e poi intendano di contemplare solamente colui, che appiccò il fuoco a case continuate. Inoltre la estensione dell'incendio da un'*insula* all'altra non è considerata

(112) L. 10. D. *ad L. Corn. de sic.*

(113) L. 28. §. 9. D. *de pœnis.*

(114) Festus sub v. *insula.*

(115) Dicesi *vicus* solamente in città un complesso di edifizj riuniti. Festus sub v. *vici*. Una casa sola in campagna non riceve mai il nome di *insula*. Briss. sub *h. v.*

(116) Brisson. sub. v. *quasi* num. 1.—Scheller l. c. sub *h. v.*

straordinaria (117), ed un' *insula* poteva altresì contenere molte particolari abitazioni (118). È dunque da preferirsi la seconda ragione.

§. 19. La riferita L. 10. D. *de poenis* è pure nella *Coll. leg. mos. et rom.* tit. XII. §. 7. in mezzo ad un frammento d'Ulpiano *ad Edictum*, il quale, tranne il tenore della detta L. 10., si presenta nella L. 27. §. 7. 8. D. *ad Leg. Aquil.* E la L. 10. si adatta ivi esattamente a tutto l' insieme, il quale dice: « *Item si insulam meam adusseris, vel incenderis, Aquiliae actionem habebo. Idemque est, et si arbustum meum, vel villam meam. Quod si dolo quis insulam exusserit, etiam capitis poena plectitur, quasi incendiarius. Item si quis insulam voluerit exurere* ».

Nella legge Aquilia, siccome è noto, si fa principalmente parola dei pregiudizj pecuniarj, prodotti per dolo, o per colpa, e del risarcimento di essi. Il dolo consiste nella coscienza dell' ingiustizia (119), senza che la legge abbia d'altra parte riguardo agl' impulsi, od allo scopo finale dell'agente. Quindi il dolo nel caso nostro consiste nell'ingiusta intenzione di danneggiare, cioè di produrre una perdita pecuniaria, per mezzo del fuoco. Ed un simil fatto non appartiene alla legge Cornelia, che per analogia: ma, siccome il pericolo è il medesimo, vien colpito dalla solita pena (120), e solamente non può soggiacere ad una più grave (§. 17.).

Si potrebbe in vero obiettare, che intenzione inimica possa, secondo le circostanze, significare anche la

(117) L. 27. §. 8. D. *ad L. Aquil.*

(118) Scheller l. c. sub. v. *insula.*

(119) L. 49. §. 1. D. *ad L. Aquil.* — L. 3. §. 7. D. *de inc. ru. naufr.*

(120) Anche questo può essere il motivo, per cui Ulpiano e Paolo scelsero così generali espressioni (§. 16.)

semplice intenzione di danneggiare (121): ma non si può dimenticare, che qui si tratta di un' azione pericolosa alla vita. Sia pure, che l' azione venga intrapresa con intenzione inimica (se vogliönsi così tradurre le parole *inimicitiarum causa*); ma *inimicitia* designa sempre relazione alla persona dell' avversario, e dee perciò presentarsi costantemente un' intenzione, diretta presso a poco, o indeterminatamente (in quanto venga approvato qualunque successo) alla ruina dell' avversario — Ciò viene elevato al grado di piena certezza da Cicerone (Parad. 4.), che distingue il *civis* dall' *hostis* non *natura ac loco*, ma *animo factisque*, e dice, che l' *hostis* è *exsul ipso jure*. E poscia soggiugne: « *Num appellatur inimicus, qui cum telo fuerit? Ante senatum tua sica deprehensa est. Qui hominem occiderit? Tu plurimos occidisti. Qui incendium fecerit? Aedes Nympharum manu tua deflagravit. Qui templa occupaverit? In foro castra posuisti. Sed quid ego communes leges profero, quibus omnibus es exsul?* » Questi sono manifestamente i casi della *Lex Cornelia de sicariis*, eccetto l' ultimo, che appartiene piuttosto alla *Lex Cornelia*, o alla *Lex Julia Majestatis* (122), se era già promulgata (123). Qui si chiama *inimicus* quel malfattore, che opera nimichevolmente contro di Roma, o de' suoi cittadini, e si riguarda come equivalente ad *hostis*: e conseguentemente vi si comprende l' *animus hostilis*, cioè l' intenzione diretta all' esterminio dell' intiera città, o del privato.

§. 20. Così, per quanto la *Lex Cornelia de sicariis* li contemplò, si svilupparono a poco a poco i principj intorno all' incendio fino all' età dell' imperatore Alessan-

(121) La L. 50. §. 1. D. *de furtis* parla del caso, in cui *inimicitiarum causa* si sia dato consiglio o prestato soccorso ad un furto.

(122) L. 1. §. 1. D. *ad L. Jul. Maj.*

(123) Cic. Philipp. I. 9.

dro Severo, e così ancor li troviamo nei libri del diritto romano. Sembra per altro contenere un' eccezione il passo seguente dell' imperator Filippo e del suo figlio nella L. 11. Cod. *de his qui accus. non poss.* Ivi si dice: « *Data opera partis adversae res vestras incendio exarsas esse asseverantes, crimen legis Corneliae de sicariis exequi potestis* ». Sembra pertanto da questo luogo, che anche l' incendio di cose, diverse dalle abitazioni, appartenga alla legge Cornelia. Contro di che si vuole osservare, che, se cadesse sotto questa legge il bruciamento di qualunque cosa (come bisognerebbe dedurre dalle parole indeterminate dell' imperator Filippo), saremmo manifestamente condotti all' assurdo; che la constituzione allegata contiene la risposta ad una domanda sopra un caso sconosciuto, che potea benissimo convenire alla *Lex Cornelia de sicariis*; e che bisogna primieramente tentare questa dichiarazione, come conducente alla concordia con le altre espressioni determinate del legislatore. Ora somministra soccorso a questo effetto la L. 27. §. 8. D. *ad L. Aquil.*; imperocchè le parole « *si quis insulam voluerit meam exurere, non minus etiam inquilinis tenebitur ob res eorum exustas* » sembrano contenere esattamente il caso della L. 11. Cod. *de his qui accus. non poss.*, e dimostrare, che insieme col risarcimento degli abitatori, per via degli averi loro abbruciati, si poteva trattare a dirittura della *Lex Cornelia de sicariis*, ancorchè soltanto per analogia. Per questo motivo i Basilici (124) e i loro scolj hanno omesso tutto ciò, che nella citata L. 11. indica il caso particolare (esempigrazia *partis adversae - res vestras*), e detto generalmente, che l' incendio doloso appartiene alla legge Cornelia.

(124) Lib. 60. tit. 34. — L. 34. tom. VII. p. 566.

B. *Lex Julia de vi publica et privata.*

§. 21. Subito dopo la *Lex Cornelia de sicariis* si parlò del suscitamento d'un incendio anche nella *Lex Julia de vi publica et privata* (125). Paolo (126) dice: « *Lege Julia de vi publica tenetur — quive coetum, concursum, turbam, seditionem, incendium fecerit* ». Marciano al contrario dice: « *Qui coetu, concursu, turba, seditione incendium fecerit* (127): e Triboniano ha inserito questo passo nel titolo *de vi publica* delle pandette.

Diversi hanno affermato, che il primo di questi testi debba essere emendato secondo l'altro (128). In appoggio della quale opinione si può addurre, che altresì la *Lex Julia de vi* conteneva una ripetizione di ciò che era stato già detto nella *Lex Cornelia de sicariis*; che errori di scrittura di quella specie sono facili ad accadere; e che la compilazione gotica di Paolo manca in generale di esattezza: ma nè le ultime due ragioni sono abbastanza efficaci, nè il primo caso è insolito (129). In questa incertezza null'altro rimane che investigare, se il suscitamento d'un incendio potesse di per sè ragionevolmente considerarsi come un *crimen vis*.

Il *crimen vis* è sempre determinato dalla *forma* e dalla qualità, non dal successo dell'azione: e perciò ab-

(125) Questa legge aveva almeno 88. capitoli. *Coll. leg. mos. et rom. tit. IX.* §. 2. Se ne fosse autore Giulio Cesare, od Augusto, è cosa controversa: ma è certo per altro, che Cesare promulgò una *Lex de vi*. Cic. Philipp. I. 9.

(126) Rec. Sent. V. 26. §. 3.

(127) L. 5. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(128) Schulting l. c. p. 522.

(129) L. 3. §. 1. 2. 5. — L. 7. 11. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.* — coll. L. 1. pr. — L. 4. pr. D. *ad L. Corn. de sic.*

bracciava, come ci dicono tutti i riscontri, diversissime offese (130). La *vis* medesima, cioè la violenza, è designata come una forza vincitrice d' una resistenza presente, o come un impedimento insuperabile d' una resistenza futura (131). Per questa ragione era *crimen vis* il recar danno per mezzo di uomini riuniti, *hominibus coactis* (132). Al *crimen vis* apparteneva la prepotenza, ancorchè l' offesa fosse commessa senza alcuna violenza (133). Se al contrario il danneggiamento era operato, senza questa riunione, da un solo individuo, allora l' offesa doveva essere violenta di per sè (134). Questi principj applicati all' incendio, cioè ai danni prodotti dal fuoco, fanno sì, che appartenga al *crimen vis* il solo incendio violento, e non anche quello segretamente suscitato da un solo individuo: onde sarebbe stato sufficiente il dire « *qui coetu coacto incendium fecerit* ». I Basilici (135) hanno fatto così, e traducono semplicemente: καὶ ὁ συναγαγὼν ταραχὴν καὶ ποιήσας ἐμπρησμόν.

§. 22. Del resto in ciò che si è detto nel paragrafo precedente si presuppone, che gli uomini sieno stati raccolti con l' intenzione, o di arrecare un danno, o di rapire, o se erano già riuniti, di trarne profitto a quegli effetti (136). E gli uomini riuniti sono parimente responsabili di *crimen vis*, quando sono realmente convenuti nell' intenzione di recar danno (137): la quale intenzione è appunto indicata dalle parole *coactus*, *con-*

(130) L. 6. Cod. *ad L. Jul. de vi publ. vel priv.*
(131) L. 1. §. 5. 8. D. *quod vi aut clam.*
(132) L. 2. pr. §. 1. D. *vi bonor. rapt.*
(133) L. 2. §. 9. D. *eod.*
(134) L. 2. §. 7. 9. D. *eod.*
(135) Lib. LX. tit. 18. L. 5. pr. tom. VII. p. 436.
(136) L. 2. §. 2. 4. D. *vi bonor rapt.*
(137) L. 2. §. 12. D. *eod.* — L. 3. §. 1. D. *ad L. Jul. de vi priv.*

cursus (138). Chiunque al contrario si approfitta semplicemente di una riunione di uomini per recar danno, non commette *crimen vis*, a meno che la sua azione non porti in sè stessa il carattere della violenza. Perciò le leggi non dicono in alcun luogo, che sia un *crimen vis*, se fu arrecato un danno *in turba*, per occasione di un tumulto (139). Laonde esiste *crimen vis* solamente allorchè uno rapisce (140) qualche cosa *ex incendio*, cioè per occasione d'un incendio (141), od interviene armato ad un incendio per recar danno (142), ma non già se egli si appropria qualche cosa, od arreca danno senza violenza (143).

Or siccome, secondo il finqui detto l'incendio non appartiene di per sè al *crimen vis*, e le parole *coetu concursu* sono assai significative, così Paolo deve almeno avere scritto: *quive coetu concursu incendium fecerit*. D'altra parte vi sono molte ragioni per emendare la lezione di Marciano secondo Paolo, e per farle dire: *qui coetu concursu turbam, seditionem, incendium fecerit*. Imperocchè la *turba* e la *seditio* constituiscono una propria specie del *crimen vis*, della quale Marciano ha nominato soltanto il tentativo (144): e, quel che è il principale, gli scolj dei Basilici, che qui traducono letteralmente le pan-

(138) Seneca Controv. III. 8. « *Non quoties convenerunt in aliquem locum plures, concursus est, sed quoties convocati, quoties parati quasi ad ducem concurrerunt. Coetus multitudinis magnae nomen est coeuntis ex consensu quodam* ».

(139) L. 4. D. *vi bonor. rapt.*: ma bensì, se l'agente era *cum telo*. L. 11. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(140) L. 3. §. 3. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(141) « *Propter tumultum vel trepidationem incendii*. L. 1. §. 2. D. *de inc. ru. naufr.*

(142) L. 3. §. 5. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(143) L. 3. §. 4. 5. D. *de inc. ru. naufr.*

(144) L. 3. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

dette a schiarimento del testo (145), confermano questa lezione. Per altro si può citare in contrario la L. 3. §. 2. D. *ad L. Jul. de vi publ.* (146).

§. 23. Probabilissimamente si referirono nei primi tempi alla *vis publica* le sole violenze commesse dagl'impiegati dello Stato mediante eccesso di potere (147). Ogn'altra violenza era *vis privata*: ma bensì certi casi più importanti si punivano assai gravemente (148). Giustiniano all'opposto dichiarò appartenenti alla *vis publica* i casi più gravi della *vis privata*, distinguendo principalmente le violenze commesse con armi da quelle commesse senz'armi (149). Da ciò seguita, che appartengono alla *vis publica* solamente i casi d'incendio violento, nei quali questa circostanza può essere specialmente provata.

Il suscitamento d'un incendio è *vis publica* (150) solamente per colui, che riunisce a tal fine una quantità significante di popolo (151). Debbono essere almeno convenute dieci sino a quindici persone (152). Che ancora le persone convenute sieno responsabili di *vis publica*, non è nella legge. Esse rispondono semplicemente della *vis privata* (153), eccetto il caso in cui concorressero in alcuna delle medesime i requisiti della *vis publica*, e

(145) tom. VII. p. 443.

(146) Qui si dice: *qui convocata seditione villas expugnaverint*.

(147) Paul. Rec. Sent. V. 26. §. 1. 2; L. 12. §. 4. D. *de accus.*

(148) L. 1. 4. Cod. Theod. IX. 10.

(149) §. 8. Inst. *de publ. jud.*

(150) L. 5. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(151) V. §. 22. not. 138. Seneca dice nello stesso passo « *concursus non est, si una vicinia coit, aut si transeuntium paucorum numerus adfluxit, sed ubi totus, aut ex parte magna populus, ubi divisa est in partes civitas* ».

(152) L. 4. §. 3. D. *vi bonor. rapt.*

(153) L. 2. §. 1. 12. D. *eod.*

perciò se comparisse armata ad impedire la resistenza (154). Vale lo stesso, se l' incendio è suscitato a bella posta da un solo individuo armato (155).

È responsabile di *vis privata* chiunque suscita a bella posta un incendio in qualunque modo violento, o raccoglie degli uomini a questo effetto, ancorchè se ne presenti uno solo (156), e chiunque è convenuto per questo fine (157).

Qui non si guarda all' obietto dell' incendio, nè allo scopo finale dell' agente. Ogni offesa ingiusta per mezzo d' incendio, purchè tocchi la proprietà (158), appartiene a questo titolo.

La pena della *vis publica* fu originariamente l' *aquae et ignis interdictio* (159): ma fu mutata, come quella della *Lex Cornelia de sic.*, nella deportazione (160), e si adottarono le stesse graduazioni secondo le condizioni (161) — E Paolo ci dice, che la pena della *vis privata* fu per gli *honestiores* la confisca della terza parte dei beni e la relegazione in un' isola; per gli *humiliores*, la *damnatio ad metalla* (162). Ma nei nostri libri del diritto è nominata la sola confisca della terza parte dei beni; alla quale si deve aggiugnere, in virtù di un senatusconsulto, anche l' incapacità degl' impieghi, e delle dignità, e l' infamia (163). Per quelli, che non hanno beni, e per gli schiavi, si debbono naturalmente sosti-

(154) Arg. L. 3. §. 1. — L. 11. D. *ad L. Jul. de vi publ.*
(155) Arg. L. 3. §. 5. D. *eod.*
(156) L. 2. §. 6. D. *vi bonor. rapt.*
(157) L. 2. §. 1. 12. D. *eod.*
(158) L. 2. pr. D. *eod.* — *damni quid factum esse dicetur.*
(159) L. 10. §. 2. D. *ad L. Jul. de vi publ.*
(160) §. 8. Inst. *de publ. jud.*
(161) Paul. Rec. Sent. V. 26. §. 1.
(162) l. c. §. 3.
(163) §. 8. Inst. *de publ. jud.* — L. 1. pr. — L. 8. D. *eod.*

luire altre pene (164). La differenza di questi testi si può facilmente spiegare. Se la pena originaria fu la semplice confisca, potè a' tempi di Paolo, pe' casi più gravi da lui nominati, che Giustiniano pose quasi tutti sotto la *vis publica* (165), essere invalsa una pena più severa; o, se questa fu la originarla, Giustiniano ebbe tutto il motivo di abbassare la pena pe' casi più leggieri, che furono i soli da lui ritenuti sotto la *vis privata.*

§. 24. V'erano dunque due leggi, la *Lex Cornelia de sicariis* e la *Lex Julia de vi*, sotto di cui potea riportarsi l'incendio doloso: nè questo caso è raro nel diritto romano (166). Sovente altresì la medesima azione poteva attribuirsi a *vis publica*, o a *vis privata* (167). Verisimilmente si voleva per questo modo allargare la via agli accusatori, in quanto le prove si potessero piuttosto addurre secondo una legge, che secondo l'altra (168). Questa bensì non si può considerare come concorrenza di delitti. Chiunque era stato accusato d'un delitto secondo una legge, non potea per lo stesso venire accusato da altri (169). Così nel *crimen vis* era nominatamente menzionata l'offesa nell'idea legale del delitto (170), e perciò, se uno, per esempio, mediante l'eccitamento d'un tumulto, produceva un incendio, non commetteva un *crimen vis* e un incendio, ma solamente *un crimen vis*,

(164) L. 12. §. 4. D. *de accus.* — L. 1. §. 3. D. *de poenis*.

(165) Paul. l. c. coll. L. 5. pr. D. *ad L. Jul. de vi publ.* - Schulting l. c. p. 533. n. 24.

(166) V. sopra §. 2. nota 129.

(167) L. 3. §. 3. — L. 10. §. 1. D. *ad L. Jul. de vi publ.* coll. L. 1. §. 1. — L. 2. D. *ad L. Jul. de vi priv.* — L. 32. D. *de poenis.*

(168) Matthaeus de crim. lib. XLVIII. tit. IV. c. 3. §. 2.

(169) L. 14. D. *de accus.* Bensì vuolsi distinguer da questo il caso, in cui dalla medesima azione nascano diverse violazioni del diritto. L. 9. Cod. *de accus.*

(170) L. 6. Cod. *ad L. Jul. de vi.*

o, se ne concorrevano i requisiti, un incendio *ex Lege Cornelia de sicariis* (171).

Si deve ancora osservare, che a' tempi di Paolo la pena più grave dell'incendio *ex Lege Julia* era meramente eguale alla più leggiera *ex Lege Cornelia* (172): ma che ciò sofferse mutazione, e dopo la collezione giustinianea la pena più grave *ex Lege Julia* giunse a quella comune per l'incendio in città *ex Lege Cornelia*, e solamente non arrivò al sommo grado di essa.

C. *Altre specie d'incendio doloso*.

§. 25. Non si trovano in alcun luogo vestigie, onde si possa ricavare, che il suscitamento di un incendio senza violenza, e senza pericolo per le abitazioni, sia stato generalmente colpito di pena pubblica. Se l'incendio non era che il mezzo di effettuare un'altra violazione del dritto, esempigrazia un omicidio, non occorreva una pena particolare. Se al contrario per mezzo dell'incendio si era semplicemente voluto violare la proprietà (*damnum injuria datum*), si poteva esigere il risarcimento *ex Lege Aquilia* (173), con che andava congiunta una specie di pena privata (174). Che non si pro-

(171) Se un magistrato romano abusando del suo potere ufficiale uccideva un cittadino, questo fatto non era già *crimen vis* ed omicidio, ma o l'uno, o l'altro. L. 7. D. *ad L. Jul. de vi publ.* — L. 4. pr. D. *ad L. Corn. de sic.*

(172) Da questa circostanza, e dal potersi sempre promuovere un'azione diretta alla pena privata ognorachè fosse applicabile la *Lex Julia de vi priv.* (L. 2. pr. §. 1. D. *de vi bonor. rapt.*) si può dedurre il motivo, per cui la *Lex Julia* tratta del delitto tanto più ristrettamente della *Lex Cornelia*.

(173) L. 27. §. 7. 10. — L. 30. §. 3. D. *ad L. Aquil.* — L. 1. 2. Cod. *eod.* — Coll. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 7.

(174) L'azione mirava a conseguire il prezzo della cosa, che fosse stato più alto negli ultimi trenta giorni. L. 27. §. 5. D. *ad L. Aquil.* — L. 3. §. 5. D. *de priv. del.*

muovesse azione, e non si giudicasse *extra ordinem* all'effetto di una pena pubblica, non è dato di ravvisarlo assolutamente: ma sibbene si può addurre in contrario, che l'azione *ex Lege Aquilia* non poteva considerarsi per una vera accusa privata (175), e non si considerava realmente per tale. Imperocchè, se fosse stata di questa natura, il carattere della pena privata avrebbe dovuto cessare con l'azione diretta ad una pena pubblica straordinaria. Ma l'azione rimase inalterata, tuttochè a motivo della stessa violazione si decretasse una pena pubblica (176).

Poco del pari si può citare la L. 1. D. *de inc. ru. naufr.* per la pubblica punizione d'un danneggiamento doloso per mezzo d'incendio. Imperocchè qui si parla della pena privata d'un furto, o d'un danneggiamento commesso per occasione d'incendio su di cose, che il proprietario vuol salvare (177). Di qui non seguita affatto, che l'incendio medesimo, ed ogni incendio sia un'azione punibile: anzi in questo titolo è solamente rammentata la punizione dell'incendio pericoloso agli edifizj (178).

Un solo passo ci è stato conservato, a tenore del quale soggiaceva a pena pubblica un incendio, che non appartiene ad alcuna delle due leggi, onde abbiamo discorso di sopra. Paolo (179) dice: « *Messium sane per*

(175) Se il prezzo più alto si era verificato al momento della violazione, la legge Aquilia non dava alcuna pena privata.

(176) L. 26. §. 7. 8. D. *ad L. Aquil.* Coll. leg. mos. et rom. l. c. V. sopra §. 19.

(177) L. 1. §. 2. — L. 3. §. 4. — L. 5. in f. D. *de inc. ru. naufr.* coll. L. 3. §. 3. 5. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

(178) L. 9. 12. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.*

(179) Rec. Sent. V. 20. §. 5. Lo stesso passo si trova ancora nella Coll. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 3.

dolum (180) *incensores* (181), *vinearum*, *olivarumque*, *aut in metallum humiliores damnantur*, *aut honestiores in insulam relegantur* ». Questa pena, come tante altre invalse *extra ordinem* nel diritto criminale romano, fu verisimilmente introdotta in grazia dell' analogia e dell' uso forense. L' analogia più vicina è somministrata dalle leggi, che contemplano la occulta devastazione degli alberi (*arborum furtim caesarum*): e ciò è tanto più verisimile, in quanto che i maggiori delinquenti di questa specie, particolarmente i devastatori delle viti, venivano parificati ai ladroni di strada (a quel che pare, secondo la consuetudine forense) (182), e perchè Paolo discorre appunto di questa devastazione degli alberi nel paragrafo sesto del medesimo titolo. Per la devastazion delle messi si aveva l' analogia della legge delle XII. Tavole (§. 6. 7.). Quindi non è nominato che l' incendio delle messi e degli alberi (183): e ciò rende più probabile, che gli altri incendj, ai quali non era applicabile alcuna analogia, non fossero criminalmente trattati. Al contrario la pena per quei casi debb' essere stata riconosciuta ancora da Triboniano; chè altrimenti egli non avrebbe potuto ricevere il passo: « *Evenit*, *ut eadem scelera in quibusdam provinciis gravius plectantur*, *ut in Africa messium* i n c e n s o r e s, *in Mysia vitium* (184).

(180) Alcuni leggono *per odium*: ma *per dolum* è palesemente miglior lezione, perchè nei paragrafi immediatamente precedenti si parla d'incendio colposo dei medesimi oggetti.

(181) Dunque non *incendiarii*, che appartenevano alla *Lex Corn. de sic.*

(182) L. 2. D. *arb. furt. caes.* « *Sciendum est autem, eos, qui arbores, et maxime vites caeciderint, etiam tamquam latrones puniri* ».

(183) Le viti appartenevano agli alberi. L. 3. pr. D. *eod.* — L. 16. §. 9. D. *de poenis.*

(184) L. 16. §. 9. D. *de poenis.*

D. *Suscitamento colposo d'incendio.*

§. 26. L'incendio colposo degli edifizj non fu ne' primi tempi punito, e si considerò sufficiente l'obbligo di riparare il danno (§. 7.). Insieme con la decadenza dei rigorosi diritti del creditore contro il debitore, nacque probabilmente a poco a poco l'uso di applicare un leggiero castigo a colui, che non potesse prestare il risarcimento del danno (185). La *Lex Cornelia de sicariis*, e la *Lex Julia de vi*, come quelle che trattano solamente d'incendio doloso, non indussero alcuna novità in questo proposito.

L'imperatore Augusto fondò per la città di Roma l'impiego di un *praefectus vigilum*, e gli affidò fra le altre cose la direzione della polizia del fuoco (186). A questo prefetto fu dato contemporaneamente il diritto d'inquisire e di punire nei casi più leggieri d'incendio (187): ai quali, secondo un rescritto dell'imperator Severo, appartengono i bruciamenti suscitati per semplice colpa degli abitanti della casa, ma quelli prodotti a bella posta debbono rinviarsi al *praefectus urbi* (188). Le pene determinate sono avvilitive. Dicesi in fatti nella citata L. 3. §. 1. D. *de off. praef. vigil.*, la quale appartiene a Paolo: « *Et quia plerumque incendia culpa fiunt inhabitantium, aut fustibus castigat eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut severa interlocutione comminatus fustium castigationem remittit* ». Inoltre dice Ulpiano nella L. 4. D. *eod.* « *Insularios et eos qui negligenter ignes apud*

(185) L. 9. D. *de inc. ru. naufr.* - *levius castigatur*.
(186) L. 2. pr. — L. 3. pr. §. 3. 4. *de off. praef. vigil.*
(187) L. 3. §. 1. D. *eod.* — Suet. in Aug. cap. 30.
(188) L. 4. D. *eod.*

se habuerint, potes fustibus vel flagellis caedi jubere •. Queste due specie di pene, la fustigazione e la flagellazione, appartenevano alle più leggiere (189), e la prima si applicava soltanto alle persone di vil condizione, la seconda solamente agli schiavi (190). Persone di più alto grado non potevano assolutamente sottoporsi ad una tal pena (191). Or siccome queste persone non sono nominate affatto, e si fa parola solamente di quelle, che di rado, o non mai potevano prestare il risarcimento del danno cagionato con l'incendio; è sommamente verisimile, che rispetto agli *honestiores* uno si contentasse del risarcimento del danno, e così che i principj esposti di sopra non venissero assolutamente alterati. Questa veduta viene elevata al grado di certezza da un luogo di Callistrato (192): *Nam fortuita incendia, si, cum vitari possint, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut qui jactura affectus est, damni disceptet, vel modice vindicaretur* •. L'ultima parola *vindicaretur* non conviene, come è chiaro, alla sintassi. Dovrebbe dire almeno *vindicetur*. Quindi è verisimile un errore di scrittura. Può aver detto ancora *vindicantur* (193), e questa lezione è stata realmente seguitata nella traduzione dei Basilici. i quali (194) hanno: *πολιτικῶς ἀποθεραπεύουσι τὴν ζημίαν τῷ βλαβέντι, ἢ μετρίως. σωφρονίζονται*; cioè *civiliter praestant*

(189) L. 4. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.*

(190) L. 7. D. *de accus.* — L. 10. pr. D. *de poenis*. Queste specie di pene in caso di egual penalità venivano semplicemente decretate secondo la diversità del grado del delinquente.

(191) L. 28. §. 2. D. *de poenis* — L. 45. D. *de injur.* Qui si tratta anche di determinare, se per *insularii* s'intendano, o no, gli schiavi. Brisson sub. v. *insularius*.

(192) L. 28. §. 12. D. *de poenis*.

(193) Era molto facile il leggere un *n* per *re*.

(194) Lib. 60. tit. 51. — L. 38. §. 12. tom. VII. p. 835.

damnum ei qui damno affectus est, vel modice castigantur (195). Del resto è ancora da notare, che il passo allegato parla solamente d'incendj suscitati in città, o nelle abitazioni di campagna, e che il *praefectus vigilum* non aveva giurisdizione che in Roma.

§. 27. Il principio sviluppato, che l'incendio colposo in città, o nelle abitazioni di campagna si trae dietro solamente l'obbligo di risarcire il danno, non concorda per altro intieramente con le massime giuridiche, che si presentano nella *Lex Cornelia de sicariis*. Veramente appartengono a questa legge le sole azioni dolose, e la *culpa lata* non si equipara al dolo (196): ma ciò non ostante è colpito di pena pubblica un grado molto elevato di *culpa* (197), e segnatamente un omicidio prodotto per petulanza, e cieca fiducia di sè, *per lasciviam* (198), è sottoposto a cinque anni di relegazione. E questa è una specie penale applicata solamente agli *honestiores* (199).

Dunque ancora l'incendio in un grado elevato di colpa, se aveva obiettivamente le qualità richieste dalla legge Cornelia, doveva castigarsi con una leggiera pena pubblica, secondo la differenza del grado. Questo è ciò, che dicono realmente i Giureconsulti. Mentre nel precedente §. 26. appariscono solamente le parole *negligenter* e *negligentius*, Ulpiano dice (200): « *Incendiariis Lex quidem Cornelia aqua et igni interdici jussit..... sed ei, qui non data opera incendium fecerit, plerumque ignoscitur, nisi in lata et incauta negligentia, vel lascivia fuit* ». Le quali

(195) Questo senso è stato accettato anche dalla Glossa.

(196) L. 7. D. *ad L. Corn. de sic.*

(197) L. 1. §. 3. in f. D. *eod.* — Paul. Rec. Sent. V. 23. §. 12. coll. L. 7. D. *cit.*

(198) L. 4. §. 1. D. *eod.*

(199) L. 45. D. *de injur.* — L. 12. §. 4. D. *de accus.*

(200) Coll. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 5.

parole forniscono il miglior comentario a quelle di Marciano (201): « *Si fortuito incendium factum sit, venia indiget; nisi tam lata culpa fuit, ut luxuriae, aut dolo sit proxima* ». Nè a questo si oppone un passo di Paolo (202): « *Incendiarii, qui in oppido praedae causa id admiserint, capite puniuntur; qui casu insulam aut villam non inimicitia incenderint, levius. Fortuita enim incendia ad forum remittenda sunt, ut damnum vicini sarciatur* ». È facile ad accorgersi, che questo luogo è corrotto (203). In fatti *casu* e *fortuito* non possono stare in contrapposto fra loro, come *insula* e *villa* non possono stare l'una insieme con l'altra. Verisimilmente questo luogo diceva in origine: « *Qui casam solum aut villam inimicitia incenderint* » (204): ed allora confermava le massime sviluppate nel §. 26.

Un altro passo di Paolo (205) dice: « *Incendiarii — supplicio afficiuntur. Quod si incuria eorum ignis evaserit, dupli compendio damnum eiusmodi sarciri placuit* ». Questa pena del duplo risarcimento sta in contradizione coi principj altrove esposti da Paolo medesimo (206) (Vedi il passo, che immediatamente precede). L'incontro d'*incendiarii* con *incuria eorum* rende anche più sospetto il luogo (207): onde è verisimile, che il raccoglitore abbia contemplato il caso della negativa, castigato dalla legge Aquilia con la pena del doppio risarcimento (208).

In altre specie d'incendio colposo si presenta solamente l'obbligo di riparare il pregiudizio arrecato: e

(201) L. 11. D. *de inc. ru. naufr.*
(202) Coll. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 6.
(203) Schulting l. c. p. 776.
(204) *Non* e una giunta derivante dalla lezione *casu*.
(205) Rec. Sent. V. 3. §. 6.
(206) Conf. Rec. Sent. V. 20. §. 3.
(207) Schulting l. c. pag. 457. not. 19.
(208) Schulting l. cit. pag. 407. not. 21.

qui manca l'analogia (209) per decretare una pena leggiera a chi non ha la potenza di risarcire. Basti riferire in luogo di tutti un frammento di Paolo (210): « *Fortuita incendia, quae casu venti ferente, vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evadunt, si ex eo seges, vel vinea, vel olivae, vel fru tiferae arbores concrementur, datum damnum aestimatione sarciatur. Commissum vero servorum, si domino videatur, noxiae deditione* (211) *sarciatur* (212) ».

SEZIONE II.

PARTE DOGMATICA (213)

---

§. 28. I. *Incendio doloso* ex Lege Cornelia.

A. Nozione. È il suscitamento intenzionale d'un bruciamento dentro una città, od in una abitazione di campagna. (§. 12-15.).

B. Essenza di fatto.

1) Suscitamento d'un bruciamento secondo l'idea data nel §. 12. Finchè non esiste un vero bruciamento, il delitto non è consumato. Il semplice dar fuoco non basta (214). Con ciò per altro non bisogna confonder la

(209) V. sopra §. 25.

(210) Rec. Sent. V. 20. §. 3. 4.

(211) Dunque non ha luogo il castigo.

(212) Coll. leg. mos. et rom. tit. XII. §. 2. 3. coll. L. 27, §. 7-11. — L. 30. §. 3. D. *ad L. Aquil.*

(213) Questa parte serve a raccogliere in poche parole i resultati dell'investigazione istorica.

(214) Contro Feuerbach l. c. §. 361. Le sole parole *incendium, incendere, incendiarius* lo dimostrano: ed anche meglio i verbi *exurere, exurere*.

massima, per la quale i Romani, che in effetto distinguono fra consumazione e conato (215), parificavano nei gravi delitti la pena dell'una a quella dell'altro (216); il che valeva segnatamente per la legge *Cornelia de sicariis* (217). Se uno si contentasse del semplice dar fuoco, si porrebbe in contradizione coi principj, che regolano l'incendio colposo (§. 26.), il quale si dovrebbe conseguentemente riconoscere ancorchè non fosse stato cagionato alcun danno.

2) Il bruciamento debb' essere stato suscitato in città, od in una abitazione di campagna (218). Se in città, non si guarda all'oggetto, in cui è stato suscitato il bruciamento, purchè sia di tale specie ed estensione, che possa derivarne un incendio. Nelle leggi si dice *in oppido*, *in civitate*, *intra oppidum*, senza dimostrazione ulteriore. Ma siccome si è partiti dall'idea del pericolo per la città; così non vi si potrebbe comprendere il caso di una città tanto spopolata e vuota di edifizj, che non si possa immaginare il pericolo delle altre fabbriche (219). Ma viceversa l'incendimento della propria casa non è escluso (220), a meno che non debba ri-

(215) L. 1. pr. §. 2. D. *de extraord. crim.* — L. 5. pr. Cod. *ad L. Jul. Maj.*

(216) Cropp Comm. cit.

(217) L. 1. pr. §. 1. 3. — L. 14. D. *ad L. Corn. de sic.* — Cropp l. c. lib. IV. tit. 1. Contro Matthaeus de crim. lib. XLVIII. tit. 5. cap. 6. num. 3. Il diritto criminale germanico non punisce egualmente il conato e la consumazione.

(218) L. 12. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.* — L. 1. pr. D. *ad L. Corn. de sic.* — L. 28. §. 12. D. *de poenis*. La L. 9. D. *de inc. ru. naufr.* contiene solamente un ragguaglio storico, come si ravvisa dal tuono, e dalla maniera, con cui è scritta. Conf. i Basilici lib. 60. tit. 39. — L. 10. tom. VII. p. 686.

(219) Il caso doveva esser trattato per analogia dell'incendio commesso in campagna.

(220) Ciò si può in parte dedurre dalle parole generali delle leg-

putarsi impossibile la diffusione del fuoco. Se i borghi sono congiunti con la città, l'incendio suscitato in essi equivale a quello suscitato in questa. La disposizione originaria della legge Cornelia (§. 13. not. 88.) lo dimostra.

All' incendio di una casa padronale di campagna equivale quello di una fabbrica destinata all' abitazione dei coloni, o il bruciamento di un oggetto, che si trovi accanto alla casa (221). Nulla importa, se la casa sia in un villaggio, od altrove (§. 15.). L' incendio di tende, di barche, e simili, non appartiene a questo luogo, ma, come omicidio consumato o tentato, può cadere sotto la legge Cornelia *de sicariis* (222). Lo stesso è da dire di un edifizio all' aperta campagna, che non è destinato ad abitazione, ancorchè per eccezione vi stieno degli uomini. Vale finalmente il medesimo nel bruciamento della casa propria senza pericolo altrui. Quivi in fatti il semplice bruciamento senza intenzione che vada più oltre, non contiene alcuna violazion del diritto.

3) Un altro requisito è il dolo, ossia il suscitamento intenzionale d' un incendio con la coscienza dell' ingiustizia: e questa intenzione, se si confrontano le parole delle leggi, debb' esser diretta a suscitare un incendio in città, o in una casa di campagna. Per conseguenza non cade sotto la legge Cornelia chi vuole abbruciare una casa campestre, riputandola disabitata.

gi, ed in parte dalla L. 4. D. *de off. praef. vigil.* « *Insularios .... caedi jubere: eos autem, qui dolo fecisse incendium convincentur etc.* » sotto le quali parole si comprendono anche quelli, che suscitano un incendio in casa propria.

(221) Arg. L. 9. D. *de inc. ru. naufr.*

(222) L. 3. §. 8. — L. 10. D. *de inc. ru. naufr.* — L. 3. §. 4. D. *ad L. Corn. de sic.*

C. Per l' incendio in città, la pena delle persone di grado umile, mezzano, e più elevato, è la esposizione alle fiere, la spada, e la deportazione in un' isola: per l'incendio in una casa di campagna, la pena degli *humiliores* è la *damnatio ad metalla*, degli *honestiores* la relegazione in un'isola (223). Non si guarda qual fosse il fine dell' azione (esempigrazia un semplice danneggiamento), nè se, e fino a quel segno sia stato raggiunto. Bensì se lo scopo fu di predare, o di sterminare degli uomini, e l' incendio fu suscitato in città, ha luogo per solito sulle persone di basso grado la pena del vivicomburio (224).

II. *Incendio doloso violento, in cui si sia preso di mira od effettuato almeno un danneggiamento dell' altrui proprietà.*

Dopo le cose esattamente sviluppate nei paragrafi 23. e 24. intorno alla *vis publica* ed alla *vis privata*, non occorre ripetere in questo luogo quelle disposizioni. I Romani per verità applicarono la intiera pena della *Lex Julia*, o avesse avuto, o non avuto effetto la violazione, che si voleva produrre mediante la violenza (225). Ciò per altro non reca alcun pregiudizio all' uso dei principj del diritto germanico rispetto al conato ed alla consumazione.

III. Il bruciamento doloso delle messi, delle viti, degli olivi e simili (226), si punisce con la *damnatio ad*

(223) L. 1. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.* — L. 28. § 12. D. *de poenis.* — L. 10. D. *ad L. Corn. de sic.* — L. 6. §. 2. D. *de interd. et releg.*

(224) Contro i decurioni, e le altre persone di gradi elevati non si poteva applicare alcuna pena di morte. L. 15. D. *de poenis* — L. 6. §. 2. D. *eod.*, e nemmeno la *damnatio ad metalla*. Quindi per esse la deportazione era sempre la massima pena.

(225) L. 1. — L. 3. pr. §. 1. D. *ad L. Jul. de vi publ.* — L. 10. Cod. *ad L. Jul. de vi publ. vel priv.* — L. 2. 3. 6. D. *ad L. Jul. de vi priv.* — Cropp l. c. sect. II. p. 51-53.

(226) L. 16. §. 9. D. *de poenis.* Paul. Rec. Sent. V. 20. §. 5.

metalla, o con la relegazione in un' isola, secondo la condizione del delinquente. Se si considera l' origine di questa disposizione penale, il bruciamento di alberi infruttiferi non appartiene alla medesima (227). La pena si dovea regolare secondo il valore delle cose abbruciate (228). È stato già notato, che l' abbruciamento di fabbriche, poste all' aperta campagna, e non destinate all' abitazione, esempigrazia d' una capanna di giardino o di vigna, d' un fienile, d' un granajo, e simili, non dee computarsi sotto questo capo (§. 25.). Nè si può nemmeno affermare, che un simil fatto si possa colpire con pena pubblica, come *damnum injuria datum*; avvegnachè il diritto romano segnali solamente i casi di particolar gravità (229). Poco parimente si può addurre un' altra analogia legale per sostenere la pena pubblica. In fatti la legge delle XII. Tavole, che colpisce col vivicomburio qualunque incendio doloso di edifizj (§. 4-6.) dee riguardarsi come abolita dalle successive disposizioni legali molto diverse; chè altrimenti uno s' intrigherebbe in contradizioni insolubili. E quando si volesse assumere sotto questa legge il bruciamento di tali fabbriche disabitate, e poste all' aperto, non si saprebbe poi qual pena gli si dovrebbe decretare. Si può soltanto affermare, che, quando l' autore non è in grado di prestare il risarcimento del danno, debb' essergli decretato un ca-

(227) Arg. L. 2. D. *arb. furt. caes.* coll. L. 3. §. 1. D. *eod.* V. sopra §. 25.

(228) Ai tempi di Armenopulo la pena di questi casi era indistintamente il bollo nella mano, e il doppio risarcimento del danno. V. Meermann. Thes. supplem. p. 396.

(229) Matthaeus l. c. lib. XLVII. tit. 3. cap. 1., che a sostegno della penalità del *damnum injuria datum* cita quasi solamente i passi legali considerati in questa dissertazione, non ha dimostrato nulla di più.

stigo, perchè ciò è permesso altresì nell'incendio colposo di simili fabbriche (§. 26. not. 185.)

I Basilici (230) hanno rilevato anche meno il carattere storico della L. 9. D. *de inc. ru. naufr.* (tuttochè per tal modo sieno caduti in contradizione seco stessi (231)), ma piuttosto hanno inserito frammezzo la nuova disposizione vigente, che l'incendio di una fabbrica, o di un mucchio di frumento accanto ad una abitazione di campagna, debba punirsi col taglio della mano (§. 6. not. 49.). E da ciò s'intende il perchè Armenopulo (232) potesse dire, che debba esser colpito da questa pena chiunque abbruci una capanna di paglia o di fieno, e come contradicendo alle altre disposizioni espresse dei Basilici (233) indicasse la fustigazione ed il vivicomburio, come pena dell'incendio di un granajo, e di un mucchio di frumento collocato in città accanto ad una abitazione.

IV. L'incendio colposo soggiace a pena pubblica solamente quando si presenta un grado molto significante di colpa, e l'essenza di fatto obiettiva di questo delitto *ex Lege Cornelia de sicariis* (§. 28. I. B. 1. 2.). Concorrendo una colpa di grado inferiore, e presupposta una eguale essenza di fatto obiettiva, o nell'incendio colposo di fabbriche in genere (§. 26. not. 185.), ha luogo per quelli, che non possono prestare il risarcimento del danno, un leggiero castigo, od una semplice riprensione con la minaccia di una punizion più severa. In altri casi la colpa non è affatto punita (§. 26. 27.).

(230) Lib. 60. tit. 39. — L. 10. tom. VII. p. 686.

(231) In fatti il passo citato termina con la traduzione della L. 12. §. 1. D. *de inc. ru. naufr.*

(232) Leg. agrar. t. VIII. §. 2. 3.

(233) Lib. 60. tit. 51. — L. 28. §. 12. pag. 835. dove è tradotta la L. 28. §. 12. D. *de poenis.*

XIII.

DELL' ONORE, E DELLE INGIURIE, SECONDO IL DIRITTO ROMANO (DISSERTAZIONE DI *WALTER*, ESTRATTA DAL TOMO IV., FASC. 1. E 2. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

§. 1.

La dottrina del diritto romano intorno alle ingiurie è una di quelle, che sono state disfigurate ad un tempo dalla scienza e dalla pratica. Dominano da per tutto per entro a questa materia principj erronei, fissati sotto una terminologia, la quale od è sconosciuta al diritto romano, od è usata da esso in senso affatto diverso: e così è nata una teorica, che non resiste in alcuna maniera al confronto con le fonti (1). Nè si creda, che sia di poca importanza pel pratico il prendere in esame nella sua purità questa parte del dritto; perocchè solamente così può riconoscersi con sicurezza la misura della sua possibile applicazione odierna. Il presente saggio potrà servire di contributo a tale oggetto; perchè ad esaurir la materia, e bisognerebbe entrare di più nei particolari del diritto romano, e farebbe d' uopo percorrere la storia della sua disformazione per opera dei moderni. Ciò sarà forse riserbato ad un lavoro più esteso. Ma la in-

(1) Dabelow Compendio del diritto delle pandette, parte III. pag. 66. not. c.

vestigazione del puro diritto romano soggiace in questo tema a molte difficoltà in grazia della natura particolare dell' oggetto. Imperocchè l'idea d'onore, e di quanto si connette con esso, non può assolutamente crearsi dalle leggi. Qui dunque non si tratta d'una instituzione positiva, ma coi dati, che esistono, si dee cercare di costruire una rappresentazione coerente dell'idea popolare. Al quale effetto ci possiamo valere di pochissimi aiuti immediati; perchè gli scrittori sogliono appena parlare di quelle cose, che suppongono abituali ad ogni individuo del popolo, al quale appartengono. Dal che nasce in processo di tempo, che le idee fondamentali dell'età anteriori non si possono che con grandissima pena riporre in evidenza. Or questa medesima difficoltà si presenta nella dottrina dell' infamia, la quale debb' essere preceduta dalle stesse investigazioni, che la dottrina delle ingiurie. I risultati che si sono ottenuti in quella (2), possono quindi esser messi a profitto anche in questa.

§. 2.

Noi dobbiamo anzi tutto considerare l'essenza dell' onore, secondo le vedute romane; chè ciò constituisce la base di quello che dee seguitare. Questa idea è strettissimamente connessa, tanto con la personalità dell' uomo, quanto con le relazioni fondamentali della società

(2) Cito perciò due nuove trattazioni intorno all' infamia, alle quali ho avuto particolare riguardo. L'una è di Dabelow Compendio parte III. pag. 42. e segg. L'autore cerca di mostrare con grande accuratezza la connessione di questa dottrina con quella della *capitis deminutio*. Benchè io sia per rifiutare più sotto diverse delle sue vedute come erronee, pure non si può non riconoscere l'acutezza di quella trattazione. L'altra è di Burchardi (*de infamia*), la quale nei punti, in cui s'incontra con la precedente, è incomparabilmente migliore.

civile. Perciò in tal proposito si ripetono più, o meno, presso tutti i popoli gli stessi fenomeni. Io esporrò primieramente questa idea in generale, e poi la porrò a paragone di quella, che si ritrova nel diritto romano.

La vita civile riposa sulla stima scambievole, ossia sulla ricognizione dei reciproci diritti. Naturalmente sotto di questi non s'intendono qui le sole relazioni giuridiche, ma ancora tutte le ragioni, che uno è autorizzato a far valere in virtù della sua personalità, e secondo le leggi della umanità. Ma la stima non si può fondare che sulla opinione del merito di un uomo. Ed affinchè si formi in generale una sì fatta opinione, sono necessarie azioni buone, o cattive. Dove manchino le une, e le altre, essa rimane indifferente. Avvi per altro una serie di casi, in cui lo Stato non può ammettere una simile indifferenza, ma deve equiparare colui, del quale non conosce determinate azioni buone nè cattive, a quello, che ha già dato prove positive della sua bontà (3); perocchè sarebbe ingiusto pregiudicare ad uno, solamente perchè gli mancò per avventura l'occasione di fornir quelle prove. Di qui seguita, che lo Stato, fin dove si estende la sua sfera, stabilisce a riguardo di ogni suo cittadino la presunzione, che sia un uomo giusto: la quale non si distrugge, che per via di determinate azioni cattive. Dichiarare a che riuscirebbe una legislazione, che non volesse accettare questa massima fondamentale, non appartiene a questo luogo. Gli effetti di tal dignità presunta sono tanto maggiori, quanto più un cittadino è chiamato dalla particolare constituzione del-

(3) Io voglio qui intendere solamente del caso, in cui due testimoni stanno di rimpetto fra loro, l'un de' quali è di costumi integri, e l'altro non ha dato prove particolari della sua onestà. È certo, che giuridicamente equivalgono.

lo Stato a prender parte alla cosa pubblica. Quindi sono importantissimi nei governi popolari; perchè in virtù di una tal presunzione ogni cittadino può pretendere al godimento dei pubblici diritti. Ma ancora nelle monarchie essa mantiene la propria influenza, tanto a riguardo del diritto pubblico a motivo della capacità del voto nelle elezioni, o nella nomina ad impieghi onorifici, quanto a riguardo del diritto privato; perchè lo Stato riconosce e protegge i diritti d'un suo cittadino in tutta la loro estensione, fintantochè egli non si è mostrato indegno di sì fatta presunzione (4). Da questa dunque dipende il godimento dei diritti, che possono in uno Stato particolare competere ad ogni cittadino. L'onore pertanto non è altro, che la capacità giuridica, la quale riposa sulla presunta dignità di un uomo.

§. 3.

Finqui non si è parlato che dell'onore dal lato giuridico. Esso nasce dal porre, che fa lo Stato una presunzione vantaggiosa nel luogo dell'opinione indifferente dei cittadini. Per mezzo di questa presunzione può lo Stato certamente produrre il favore di esterne relazioni giuridiche, ma non riesce per altro ad estorcere l'opinione delle persone private. Queste rimarranno d'ordinario nella loro indifferenza fino a più opportuna occasione. Or si potrebbe dire, che ad una legislazione è dato di contentarsi dell'onore in senso giuridico, e poscia si potrebbe parlare di una diminuzione ed abolizion dell'onore per certi motivi giuridici, e sotto l'autorità della legge. Ma è della natura del sociale commercio, che di una data persona si giudichi in conseguenza di certe azioni di

(4) Burchardi l. c. pag. 12-18.

essa, delle quali lo Stato non ha giudicato, nè potè giudicare, perchè non si prestavano ad una investigazione giuridica. È certo, che lo Stato nulla deciderà intorno alla capacità civile, in virtù di questa opinione de' cittadini: ma tutte le combinazioni della vita civile non si possono a dirittura risolvere in relazioni giuridiche, e nascono frequentemente de' casi, ne' quali esercita un' influenza anche quella opinione. Come in fatti lo Stato decide della capacità giuridica de' suoi membri, in virtù della stabilita presunzione; così l' opinion dei privati decide di quello, che essi possono dare o torre, in virtù della loro autonomia. Se questa opinione intorno ad un uomo venisse a contrasto con quella presunzione, conseguirebbe, che egli potrebbe in vero godere di tutti i diritti coattivi, ma non ancora degli altri. Ma niuno può durare permanentemente nella società in questa specie di separazione; onde lo Stato non può lasciare del tutto inavvertita sì fatta opinione degli uomini fra di loro. Gli effetti, che lo Stato annetterà alla medesima, in parte dipendono dalle consuetudini, in parte da prescrizioni speciali. Intanto ci basti di avere imparato a conoscere due parti diverse dell' onore: cioè l' onore civile, e l' onore relativo alla vita comune, ossia il buon nome dell' uomo. Questa distinzione è della massima importanza, tanto per le ingiurie, quanto per l' infamia: e segnatamente a ciò si riduce la partizione dell' infamia di diritto, e di fatto (5).

(5) Burchardi §. 11. e seg. si occupa specialmente di combattere gli effetti giuridici della *infamia facti*: ma io non posso scendere nella sua opinione.

§. 4.

Veniamo adesso al diritto Romano. È stato già detto di sopra (§. 2.); che la stima riposa sulla natura dell' uomo, come essere libero e ragionevole, ossia sopra la sua personalità (6). Questa non può essere propriamente distrutta da alcuna forza esterna, perchè l' uomo ha la facultà di operar moralmente in ogni situazione. Ma è noto, che il diritto romano, per mezzo di una dura finzione, e riportandosi all' *jus gentium* (7), abolì la personalità negli schiavi, e li noverò fra le cose (8). Quindi è certo, che essi non avevano alcuno onore civile, perchè rispetto a loro non si parlava affatto di diritti (9). Anche lo schiavo per altro poteva con la sua condotta acquistarsi un' opinion favorevole (10). Questa non avea certamente l' effetto di parteciparglì una capacità giuridica: ma non era nemmeno destituta di qualunque influenza; perocchè si manifestava, e nella punizione delle offese fatte al servo (11), e dopo la sua affrancazione. Se in fatti durante la schiavitù egli aveva esercitato un mestiere che fosse infamante per una persona libera; l' infamia lo colpiva dopo conseguita la libertà (12), ancorchè non continuasse ad esercitarlo.

(6) Cic. Off. I. 28. *de Leg. I.* 7-11.

(7) L. 4. D. *de just. et jure.*

(8) Ulp. Fragm. XIX. 1. — Theophil. ad pr. Inst. *de stipul serv.* (3. 18.).

(9) L. 3. §. 1. D. *de cap. min.* — L. 22. 32. 209, D. *de reg. jur.*

(10) La finzione, che lo colpiva, non poteva produrre un pareggiamento assoluto alle bestie. Egli rimaneva sempre una persona secondo l'*jus naturale*. L. 22. 32. cit.

(11) L. 15. §. 44. D. *de injur.* « *Servus, si infamatus sit, vel facto aliquo, vel carmine scripto, puto causæ cognitionem Prætoris porrigendam et ad servi qualitatem... habebit rationem personæ servi* ».

(12) L. 4. §. 2. e 3. D. *de his qui not. inf.* Io rilevo di qui, quan-

Dunque anche lo schiavo poteva avere un buon nome: ma l'onor civile presupponeva essenzialmente la libertà.

§. 5.

Ciò sarebbe già sufficiente a confermare la distinzione posta nel §. 2. e 3.: ma si rileva anche più chiaramente dall'uso della romana favella. I Romani si servivano a questo effetto della parola *existimatio*, nella quale si può distinguere un doppio senso.

1) L'originario significato di questa voce è, secondo la sua etimologia, quello di *opinione*, e precisamente dell'opinione che si trova nell'animo del giudicante, non ancor pronunziata (13). Di qui è derivato il senso, nel quale significa l'opinione determinatamente pronunziata, cioè il g i u d i z i o — (14). Questi due significati bensì non differiscono fra di loro che di grado (15)

2) Se questi due significati si applicano ad una persona, ne nasce un secondo proprio e definito senso della voce *existimatio*, nel quale equivale a fama. La fama è in fatti l'opinione o il giudizio, che permanen-

to i Romani cercassero di fondare l'*infamia juris* sull'opinione dei cittadini. Questa era già sfavorevolmente determinata contro un tale schiavo: nè occorreva per lo innanzi esprimere i pregiudizj legali, perchè non vi eran diritti, che potessero togliersi dall'*infamia juris*. Così si scioglie benissimo la difficoltà, che Dabelow vuol trovare nella l. c. a pag. 84. 85.

(13) *Falsa existimatione deceptus* L. 36. §. 1. D. *de usurp.* L. 9. §. 4. D. *de jur. et fact. ignor.* Cic. Verr. III. 58. 82. Liv. IV. 20. Cujac. Observ. III. 26.

(14) *Factum Augusti existimatione aliqua læsisse.* Sueton. Tiber. 58. V. anche Liv. XXXIV. 2. ibiq. Gronov., Tacit. hist. IV. 7.

(15) *Non tacita existimatio — sed vehemens ac liberum P. R. judicium consequetur*, Cic. Verr. V. 68., *anche* pro Cluent. 29. in f.

temente e generalmente si riferisce ad una persona (16). Quando per altro il vocabolo *existimatio* si usa senza epiteti, significa buona fama (17). Il secondo significato principale comprende quella parte dell' onore, che abbiamo sviluppato nel §. 3.

3) Siccome l' onor civile altro non è, che la conferma legale del buon nome di un uomo, collegata a determinati effetti giuridici; così era naturale, che la stessa parola si ritenesse nell' uso della favella anche in questo significato. Di qui il più stretto e proprio senso giuridico della parola *existimatio* (18). Questa idea per altro non era solamente propria dei giuristi, ma ancora comune e popolare; perchè significava la capacità giuridica, e la partecipazione di ogni cittadino ai pubblici diritti. Anche nella constituzione posteriore, quando la distinzione fra cittadini e non cittadini divenne priva d' importanza, si mantenne questa ristretta idea della *existimatio*, perchè si connetteva con essa la *infamia*, certamente trasformata secondo le sopravvenute relazioni (19). Se noi ci fermiamo al tempo anteriore, si trova meritevole di particolare attenzione la L. 5. D. *de extraord. cognit.* (20).

(16) *Illæsa existimatio* L. 25. D. *de procur. lacerata* Suet. Jul. Cæs. 75. *integra* id. Nero 12.

(17) L. 17. §. ult. *de test. tut.* L. 15. D. *de condit. inst.* L. 1. §. 6. D. *de injur.* Cic. pro Plancio 2. in f.

(18) Scheller non rileva questo significato, per quanto così spesso consideri l'uso giuridico della lingua. Questo senso si trova nella L. 13. §. 7. D. *de his qui not.*, L. 28. D. *de pœnis*, L. 131. D. *de V. S.* L. 103. D. *de R. J.* — Cic. pro Roscio Comoedo 6.

(19) L. 14. L. 18. D. *ex quib. cau. inf.* L. 21. D. *mandati.*

(20) Burchardi l. c. p. 7. 31. 32. sembra impugnare la speciale importanza di questo frammento. Ma quand' anche esso fornisse *immediatamente* poco schiarimento intorno all' *infamia*, è per altro l' unico passo, in cui un romano giureconsulto sviluppa di proposito l' essenza dell' onore civile.

Noi dobbiamo attribuire ad ogni dichiarazione di questo frammento un peso tanto maggiore, in quanto che Callistrato, suo autore, scrisse nel periodo più florido della romana giurisprudenza, nel quale i giureconsulti tanto conservarono di quello, che nel resto della vita era già trapassato (21). E la consonanza con gli altri suoi frammenti mostra di più, che egli in questo scriveva di relazioni giuridiche, che gli erano ancora pienamente evidenti. Quindi fa d' uopo giustificare con la maggior precisione possibile ogni parola di questo frammento. Io credo, che tutto quello, che si può dire dell' onore civile, si debba ricongiugnere all' esegesi di questo passo.

§. 6.

L. 1. §. 1. D. *de extraord. cognit.* « *Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur* ».

1) La prima difficoltà qui s' incontra nel ricercare, che cosa s' intenda per *dignitas*. Prescindendo dai significati, che qui non sono palesemente applicabili (come quello dell' *agere cum dignitate et venustate* di Cicerone, o della *dignitas formae* di Tacito) si possono distinguere in varj scrittori i seguenti tentativi di dichiarazione.

a) Si volle intendere per dignità ciò che innalza l' uomo, come essere ragionevole, al di sopra di tutte le altre creature (22). Ma sebbene questa relazione sia comune, e si presenti anchè in altri luoghi delle nostre

(21) Hugo Storia del diritto §. 314. 315. 328.

(22) Accurs. ad L. 5. §. 1. cit. « Dignitatis, *idest potentiae a natura tributae cuilibet, quia homo est. Homo enim est dignior omni creatura, cum omnis creatura ei serviat* ». Conf. L. 44. D. *de aedil. edict.*, ibique Azo.

fonti (23), essa è qui manifestamente troppo estesa; perocchè la dignità morale dell'uomo può essere offesa da azioni, che non hanno giuridicamente alcuna influenza sull'onore di lui. Inoltre questa *dignitas* poteva, secondo le idee romane, rimaner distrutta dalla sola schiavitù, ed appena intieramente (§. 4.). E dal §. 3. del frammento, che andiamo esaminando, risulta, che la *dignitas*, onde qui si parla, rimane affatto abolita, restando ancor salva la libertà (V. più sotto al §. 8.)

b) Si potrebbe intendere quella dignità, che è congiunta con un certo ufficio, o grado (*esse in dignitate*, *dignitatis gradus*) (24). Ma questa idea è viceversa troppo ristretta: e di più in tutto quanto il seguito di questo frammento un particolar grado onorifico si presuppone solamente in un esempio speciale del §. 3.

c) A motivo di ciò altri abbandonano affatto l'idea del grado, ed ammettono, che qui sotto il vocabolo *dignitas* si debba intendere la estimazione (25). Ma da un lato si può ripetere anche qui l'obiezione fatta di sopra, che questa dignità non può abolirsi che insieme con la libertà: e da un altro lato è questa un'idea relativa, che si presenta altresì negli schiavi (26), ai quali non appartiene certamente la *existimatio*.

d) Or ci rimane una quarta idea, che tiene il mezzo fra la prima e la seconda, e che in questo luogo riesce di piena sodisfazione. Noi dobbiamo cioè intender qui la parola *dignitas* per quella dignità, che competeva ad un cittadino, come tale (27). Si può dedurre da ra-

(23) Per es. nella L. 44. e nella L. 207. D. *de V. S.*

(24) Cod. *de dignit.*

(25) Dabelow l. c. pag. 65.

(26) L. 15. §. 2. D. *de usufr.*

(27) Di questa giusta veduta io ringrazio Hagemeister in Hugo Magaz. civ. parte III. pag. 180.

gioni generali, che questa parola, anche senz' altra addizione, si usava dai Romani in tal senso; perocchè la dignità del cittadino romano era per tutti un' idea tanto abituale, quanto la dignità, che andava congiunta con uno speciale ufficio onorifico: e questa pure veniva semplicemente indicata col vocabolo *dignitas*. Se non che si può riscontrare a questo proposito anche un luogo particolare di Cicerone (*orat.* II. *de lege agrar.* 27.) « *Vos vero, Quirites, si me audire vultis, retinete istam possessionem gratiae, libertatis, suffragiorum, dignitatis, urbis, fori, ludorum, festorum dierum, ceterorum omnium commodorum* » . Qui, secondo lo scopo del discorso non si può ammettere altro senso. Si enumerano al popolo i precipui diritti del cittadino romano, che si perderebbero da coloro, che si lasciassero condurre in colonia (28). Certamente qui nell' enfasi oratoria si nominano varj diritti, che rimanevano ancora alla colonia (29). Ma questa inesattezza non giugne sino ad enumerare diritti, che appartenessero a non cittadini. Quindi apparisce, che la espressione *dignitas* era usata dai Romani in questo significato. Il quale che sia pur quello della nostra legge si rileva osservando, che una *dignitas* come ufficio onorifico si presuppone solamente in un esempio del §. 2.: ma d' altra parte non resta più una *dignitas*, quando si perde la cittadinanza, benchè si ritenga la libertà (§. 8.). Bisogna per altro fare attenzione ad una differenza fra *existimatio* e *dignitas*. Quella in fatti designa tutta quanta la capacità giuridica del cittadino, senza rilevare più un elemento che un altro della mede-

(28) V. Sigon. de ant. jur. ital. II. 2. pag. 625.

(29) Per es. la *libertas*. Rispetto agli altri, e segnatamente ai *suffragia* si controverte, se si perdessero dalle *coloniae civium romanorum*. Sigon. l. c. III. 3. Spanhem. Orb. Rom. exerc. II. cap. 19. pag. 329.

sima: ma nella *dignitas* predomina l' idea della partecipazione ai pubblici diritti. Un' applicazione di questa differenza si presenterà più sotto al §. 7.

2) Ho detto di sopra (§. 2.), che la scambievole ricognizione della personalità dee servire di base ad ogni consorzio sociale. Quindi essa si esprime anche inavvertitamente nelle costumanze, prima che la legge sopravvenga a confermarla. I Romani per altro non disconobbero mai la parte, che hanno i costumi nella formazione degl' instituti giuridici (30). Per istabilire le relazioni originarie dello Stato, del matrimonio, della patria potestà, si riportano quindi ai loro costumi (31): e sanno benissimo che si stringe da questi il legame invisibile dello Stato. Dallo sviluppamento non disturbato della loro vita civile, sorsero due instituzioni, che furono fondate su questi riguardi: voglio dire l' editto del pretore (*viva vox juris civilis*), destinato a sostenere l'alterna efficacia dei costumi e del diritto scritto; e i censori (anch' essi *viva vox* dell' opinion generale), ordinati ad integrare la differenza, che rimane così facilmente fra l' illecito giuridico ed il morale (32). Così anche il diritto romano presuppone questa stima, che si esprime per mezzo dei costumi (33). Ma è diversa da questa e più positiva la domanda, con cui si ricerca, quali diritti si congiungano con la *illaesa existimatio*. Anche questi sono determinati dai costumi, e dalla forma del governo (*moribus et legibus*). Qui vuolsi notar solamente, che i *mores* non si possono riferire all'*jus gen-*

(30) Quinctil. Inst. orat. V. 10. » *Pleraque in jure, non legibus, sed moribus constant* ».

(31) Brisson v. Mos.

(32) Burchardi l. c. pag. 41. 42.

(33) Cic. Off. I. 16. 28.

tium, le *leges* all'*jus civile* (34), cosicchè la *existimatio* debba comparire un instituto misto. I *mores* sono espressamente citati, come una fonte del diritto civile (35).

3) La stima dello Stato verso i suoi cittadini riposa, come quella dei singoli, sull'opinione del loro merito morale. Pel godimento delle utilità, su di cui può disporre il diritto esterno, esso stabilisce la *praesumtio boni viri*, la quale è naturale del resto anche ad ogni uomo ben temperato. Per conseguenza l'onor civile non può esser diminuito, o abolito, che per via di un delitto (*ex delicto nostro*) (36). La *existimatio* è dunque la capacità giuridica, in quanto riposa sopra la moralità legalmente presunta. Essa contiene perciò una determinazione di più della parola *status*. Questa in fatti dice solamente, che un uomo possiede la capacità giuridica dentro una certa sfera. Di qui si desume la risposta alla domanda, se la *existimatio* si perda, allorchè si decade dalla libertà, o dalla cittadinanza per motivi diversi dalla pena? In veruna maniera; perocchè quella presunzione non è affatto turbata, ma solamente è divenuto impossibile, in virtù delle circostanze, che essa manifesti i proprj effetti giuridici (37). Noi abbiamo considerato di sopra (§. 4. not. 12.) un esempio del caso contrario, nel quale cioè quella presunzione fu offesa in un tempo, in cui non si potevano manifestare gli effetti giuridici di sì fatta lesione.

4) Il buon nome e l'onore civile convengono in questo; che l'uomo si pone in possesso dei medesimi,

(34) D'altra opinione è Dabelow l. c. p. 61.

(35) §. 9. 10. Inst. de J. N. G. et C. L. 6. §. 1. D. *de just. et jure.*

(36) Rispetto alla cittadinanza Cic. *pro Caecina* 34. si esprime in modo, da mostrare che essa, non per altrui, ma solamente per proprio giudizio si potea rinunziare.

(37) Di diversa opinione e Dabelow l. c. p. 62. 63.

senza bisogno, che gli vengano specialmente partecipati. Ma differiscono per altro fra loro nel modo, onde si perdono. Il buon nome in fatti può esser distrutto da lungo tempo, mentre l'onor civile sussiste ancora. Sarebbe troppo pericoloso il far dipendere l'onor civile da false voci (38). Perciò per la diminuzione e distruzione di esso non solamente è necessaria la giuridica prova formale dell' azione malvagia, ma ancora la relazione giuridica della pena con la *existimatio* debb' essere stata determinata innanzi dalla legge, come conseguenza di quella azione. Ma questa relazione può essere di due specie: mediata, se la diminuzione, o la total privazione dei diritti si presenta soltanto qual *conseguenza* della pena; come se un plebeo soffriva una pena corporale, e diveniva incapace di uffícj onorifici; o se aveva luogo l'*aquae et ignis interdictio*, nel qual caso si dovea volontariamente rinunziare alla cittadinanza: immediata, se la diminuzione della *existimatio* è legata per modo ad un' azione malvagia, che le leggi dicono espressamente, che l'autore si debba considerare, come colui, nel quale non si trova affatto la giustizia presunta (*infamia*). Amendue i casi si separano in ciò; che nel primo la diminuzione, o l'abolizione della *existimatio* non si presenta che siccome conseguenza della pena (39), ed il giudizio legale dell' immoralità del punito apparisce cosa secondaria; mentre nell' altro è questo giudizio la cosa principale, a cui va congiunta, come sequela, la diminuita capacità giuridica. Amendue convengono in questo; che la diminuzione, o la perdita

(38) Burchardi l. c. p. 15-17.

(39) Si badi di non prendere per termini equivalenti la *deminutio existimationis* e la *infamia*. L'ultima non è che una specie della prima.

della *existimatio* non accade, che per via di una mediata od immediata disposizione legale (*auctoritate legum*).

§. 7.

L. 1. §. 2. D. *de extraord. cognit.* « *Minuitur existimatio quoties, manente libertate, circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur* ».

Io credo, che, a spargere una chiarissima luce su questo, e sul seguente paragrafo, occorra indagare le relazioni, che hanno con la *existimatio*, le singole pene ivi enumerate. Intanto si dee qui premettere un'osservazione, che è comune ad ambedue i paragrafi. I Romani partiscono le loro pene in *capitales* e *non capitales* (40). *Caput* non si riferisce qui al corpo, e alla vita, ma si prende nel significato propriamente giuridico. Perciò pene della prima specie sono quelle, con le quali era congiunta una *capitis deminutio*, cioè la perdita della cittadinanza, o della libertà, avvegnachè la *capitis deminutio minima* non entrasse nel diritto penale. Nel caso di applicazione di queste pene la *existimatio* periva intieramente. Le altre pene toglievano in vero certi diritti, ma non mai la intiera capacità giuridica dentro una certa sfera. Lo stesso Callistrato ne parla nel più chiaro modo in un altro frammento, tolto dall'opera stessa (*libri cognitionum*), il quale sta in perfettissima consonanza con la nostra legge. Quindi le parole di esso trovano qui luogo opportuno.

L. 28. D. *de poenis* pr. « *Capitalium poenarum fere*

(40) L. 2. D. *de publ. jud.* L. 103. D. *de V. S.*

isti gradus sunt. Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio — item capitis amputatio. Deinde proxima morti poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio. §. 1. *Ceterae poenae ad existimationem, non ad capitis periculum, pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in insulam: vel cum in opus quis publicum datur, vel cum fustium ictu subjicitur* ».

Un fugace confronto dimostra, che le *poenae capitales*, nominate qui, sono le stesse di quelle citate nella nostra L. 5. §. 3. come sopprimenti la *existimatio*; e parimente, che gli esempj, esposti nel riferito §. 1. della L. 28. D. *de poenis*, corrispondono a quelli, di cui fa menzione la nostra L. 5. §. 2. D. *de extraord. cognit.* Io li voglio riandare ad uno ad uno. Prima di tutto debbo ritornare al significato della parola *dignitas*. Dee porsi in fatti come principio pe' casi, in cui la *existimatio* si diminuisce, il seguente: *quoties circa statum dignitatis poena plectimur*. Si potrebbe obiettare, che se la *dignitas* è la dignità di cittadino romano, dee stare intimamente congiunta con la cittadinanza; che per conseguenza una pena *circa dignitatem* dovrebbe essere nel medesimo tempo una pena *circa civitatem*: ma a ciò contraddice l'esser nominata la *capitis deminutio media* solamente nel paragrafo successivo; dunque fa d'uopo ristringere l'idea della *dignitas* A questa obiezione si può facilmente replicare; perocchè la *dignitas*, giusta la natura delle cose, designava precipuamente quella parte della *civitas*, che si riferiva al diritto pubblico. Chiunque aveva l'*jus suffragii et honorum*, godeva certamente dei diritti civili privati: ma non può farsi del pari la conclusione contraria; avvegnachè esempigrazia l'*infamis* non avesse quei diritti pubblici, e tuttavia ritenesse la *patria potestas*. La *dignitas* comprendeva dunque la piena

cittadinanza (*civis optimo jure*) : ma questa era divisibile ne' suoi elementi ; onde il *civis non optimo jure* rimaneva pur *civis* (41) . Si può quindi presentare assai facilmente una diminuzione della *dignitas*, tuttochè perduri la *civitas* (§. 6. num. 1. d.) (42) . Ora se si confrontano gli esempj , che vengono addotti per la diminuzione della *existimatio*, e per le pene *circa statum dignitatis*, si trova in effetto , che queste sono appunto quelle , che colpiscono la capacità degli ufficj onorifici. Dell' *jus suffragii* non si potea più parlare per note ragioni (43) .

1) A primo esempio si adduce la *relegatio*. Questa è sovente designata anche col vocabolo *exilium* (44) : spesso *exilium* è contrapposto di *relegatio*, ed allora significa l' *aquae et ignis interdictio* (45) : spesso ancora è nome comune di amendue le pene (46), le quali per altro sono molto diverse nel loro effetto (§. 8.). In fatti in tutte le specie della *relegatio* si conservava la cittadinanza (47) . Ma ciò si deve intendere solamente dei diritti

(41) I passi che appartengono a questo punto si trovano appresso Burchardi l. c. pag. 32-34.

(42) È sorprendente, che qui si parli di uno *status dignitatis* con la stessa precisione degli altri tre *status* così propriamente detti. Forse è cosa del tutto casuale, che noi non abbiamo quattro specie di *capitis deminutio*, e dipende dall'essere stati formati sin da principio quei tre, che tuttora esistono; perocchè *la capitis deminutio est status permutatio.*

(43) Savigny Storia del D. R. I. p. 22.

(44) L. ult. D. *de injur.*

(45) L. 2. D. *de publ. jud.*

(46) L. 5. D. *de interd.* Questo testo ha bisogno di correzione: « *Exilium triplex est, aut certorum locorum interdictio , ut lata fuga, aut omnium locorum interdictio, præter certum locum, aut in insulæ vinculum, idest relegatio in insulam* » Costa ad §. 2. Inst. de cap. dem. Noodt Prob. III. 3.

(47) L. 7. §. 3. l. c. L. 2. D. *de publ. jud.*

civili privati, della *patria potestas*, della *testamenti factio* (48).

2) Se taluno veniva remosso da un *ordo*, s' intende di leggieri, che non gli venivano tolti altri diritti, che quelli di partecipare ai pubblici affari (49).

3) Vale palesemente lo stesso di colui, che è dichiarato incapace di ufficj pubblici. Ma qui bisogna distinguere fra *honor* e *munus* (50); perchè un divieto di assumere i *munera* non si potea presentare a titolo di pena (51).

4) Le pene corporali non si annoveravano fra le *capitales* (52). Ma le specie di queste pene differivano, secondo che vi veniva assoggettato un servo od un libero. La *flagellorum castigatio* poteva aver luogo su di quello; mentre a questo era solamente applicabile la *fustium admonitio* (53). E neppure tutti i liberi soggiacevano a questa pena corporale, ma bensì i soli plebej (54). Nè per questo divenivano infami; perchè appresso i Romani la sola azione, e non già la pena, produce infamia (55): ma erano bensì colpiti dall' incapacità di ufficj onorifici (56).

(48) §. 2. Inst. Quib. mod. patr. pot. L. 4. D. *de interd.* Solamente sui relegati in perpetuo si potea presentare un pregiudizio a riguardo dei diritti patrimoniali. L. 4. in f. L. 7. §. 4. l. c. — L'esercizio dei diritti pubblici veniva a mancare, se uno non poteva esser presento L. 13. pr. e §. 1. D. *de decurionibus*.

(49) §. 5. Inst. de cap. dem. L. 3. D. *de Senat.*

(50) Savigny l. c. I. p. 50.

(51) L. 7. §. 21. 22. D. *de interd. et rel.*

(52) L. 28. §. 1. D. *de pœnis.*

(53) L. 6. §. ult. L. 7. L. 10. pr. L. 28. §. 2. D. *de pœnis.* L. ult. D. *de injur.*

(54) L. 1. pr. L. 28. §. 2. 5. l. c. L. 5. Cod. *ex quib. cau. inf. irr.* Briss. v. *Plebejus*

(55) L. 22. D. *de his qui not.* L. 14. Cod. *ex quib. cau. inf.*

(56) L. 12 D. *de decurion.* Ciò non vi si trova espressamente;

5) La condanna *in opus publicum* era una pena propria solamente dei liberi, e che non si presenta rispetto agli schiavi (57): si applicava bensì, come la precedente, ai soli individui d' inferior condizione (58). Con questa condanna si costringeva ad opere pubbliche, a lavorare in edificazioni, e simili (59). Callistrato dice, che da questa pena la *existimatio* vien solamente diminuita: il che non è esatto a riguardo della condanna in perpetuo; perchè in virtù di questa si perdeva affatto la cittadinanza, e rimaneva solamente la libertà (60). La temporaria al contrario non toglieva la cittadinanza (61), ma, dopo il ritorno, lasciava nella infamia (62).

6) Finalmente è menzionata ancora la infamia, come un modo di diminuire la *existimatio*. L' oscurità, che è stata ritrovata nel nostro frammento, è nata sovente dal credere falsamente, che l' infamia sia l' unico modo, per cui possa diminuirsi la *existimatio*, e dall' essersi pensato, che dovesse andar sempre necessariamente congiunta con gli altri casi, indicati a motivo d' esempio. Ma l' infamia è tanto indipendente dai detti casi, quanto questi casi sono indipendenti l' uno dall' altro, esempigrazia la *relegatio* dall' *opus publicum*. Dovunque si pre-

perchè vi è fatta un' eccezione per coloro, che fossero stati castigati dagli Edili, la quale per altro viene a confermare la regola.

(57) L. 34. D. *de pœnis*

(58) Pei *nobiliores* se ne trova sempre sostituita un'altra. L. 6. pr. D. *de extraord. crim*. La cosa è poi chiaramente espressa nella L. 3. e 5. Cod. *de pœnis*.

(59) Sueton. Nero 31.

(60) L. 1. Cod. *de pœnis*. L. 17. §. 1. D. *eod*. L. 28. §. 6. D. *eod*. Ma in questo ultimo passo non si può inserire contro il MS. Fior. alcuna negativa, e bisogna leggere: « *libertas manet quemadmodum etiam his, qui in perpetuum opus damnantur* » Cuj. Obs. VI. 15. e ad Paul. V. 17. §. 3.

(61) L. 28. §. 1. D. *de pœnis*.

(62) L. 6. Cod. *ex quib. cau. inf.* Cuj. Obs. XV. 12.

senta una riunione, essa è puramente casuale (63). Ma l' infamia vien sempre sotto l' idea di una pena *circa statum dignitatis*. Imperocchè, quand' anche si debba concedere, che da essa venissero tolti alcuni diritti privati; pure il suo effetto principale cadeva originariamente sul diritto pubblico: ed anche quando entrava a distruggere alcuno dei diritti privati, ciò avveniva soltanto di quelli, che supponevano, qual condizione speciale, il godimento della stima pubblica; come, esempigrazia, nella capacità della testimonianza, nel diritto dell' accusa pubblica, e nella tutela. Io reputo inutile di addurre le prove di queste proposizioni, perchè Burchardi nell' opera citata le ha presentate meglio di quel che si potrebbe far qui in breve spazio.

§. 8

L. 5. §. 3. D. *de extraord. cognit.* « *Consumitur vero quotiens magna capitis minutio intervenit, idest cum libertas adimitur; veluti cum aqua et igni interdicitur, quæ in persona deportatorum venit, ve' cum plebejus in opus metalli, vel in metallum datur: nihil enim refert, nec diversa pœna est operis et metalli, nisi quod refugae operis non morti, sed poenae metalli subjiciuntur* ».

Riandiamo adesso ad una ad una le tre pene qui nominate, con le quali è congiunta la distruzione della *existimatio*, ad effetto di stabilire la relazione di esse con la *libertas*, e con la *civitas*.

1) I motivi, per cui fu introdotta l' *aquae et ignis interdictio*, sono conosciuti (64). Essa fu il mezzo per costringere al bando di sè medesimo: e quindi ad essa

(63) Di alcuni di questi esempj ciò si dice espressamente. V. la L. 4. 14. confr. con la L. 16. Cod. *ex quib. cau. inf.*

(64) Heinec. Ant. Rom. I. 16. §. 9. 10. Brisson Antiq. sel. III. 5.

equivale nella maggior parte dei casi la parola *exilium*. L' effetto della pena consisteva nella perdita della cittadinanza, ma la libertà rimaneva, tantochè il bandito era considerato come *peregrinus* (65).

2) La *deportatio*, secondo alcune indicazioni parrebbe che fosse subentrata all' *aquae et ignis interdictio* (66). Ma da evidenti testimonianze risulta, che questa fu usata ancora dopo che Augusto ebbe introdotto quella (67). Ambedue concordavano nei loro effetti: il deportato perdeva la cittadinanza (68), ma riteneva la libertà, e con questa i diritti dell'*jus gentium* (69). Solamente, per una special disposizione, perdeva pure l'*jus cognationis* (70). Ma ciò non si deve estendere ad altri diritti dell'*jus gentium*, nè ad altre pene, dalle quali non veniva tolto l'*jus gentium*.

3) La condanna alle miniere avveniva in tre modi. Primieramente al *ministerium metallicorum*, destinato solamente alle donne, perchè, troppo deboli a sostenere il lavoro principale, dovevano semplicemente attendere a servigj secondarj, ed a prestar dei soccorsi (71). Questa bensì non si riguardava come una vera e propria condanna alle opere delle miniere, ma in essa venivano piuttosto in applicazione i principj dell' *opus publicum*. Poteva essere anche temporaria, ed allora non toglieva la cittadinanza (72). Assai diverse da questa sono le altre due

(65) §. 2. Inst. de cap. dem. L. 1. §. 2. D. *de leg. III.* L. 2. D. *de publ. jud.* L. 28. pr. D. *de pœnis*, Ulp. Fragm. X. 3. Gaj. Inst. I. 6. §. 1.

(66) L. 2. §. 1. D. *de pœnis*. Cuj. Obs. IV. 39. Brisson. l. c.

(67) Heinec. l. c. §. 11.

(68) §. 1. 2. Inst. quib. mod. pat. pot. L. 2. 6. D. *de interd. et rel.*

(69) L. 17. §. 1. D. *de pœnis*.

(70) §. 6. Inst. de cap. dem.

(71) Plin. epist. X. 41.

(72) L. 8. §. 8. D. *de pœnis*.

specie, onde fa menzione il nostro frammento; dico la *damnatio in metallum* ed *in opus metalli*. A quest' ultima si destinavano verisimilmente coloro che erano in grado di occuparsi di faccende più artificiali. Quindi la loro situazione era un poco meno gravosa, e con questo si spiega la lieve differenza, che si faceva fra queste due specie di pena (73). Esse per altro nell' essenziale convengono: sono applicabili tanto ai servi, che ai liberi (74), ma a questi solamente quando appartengono a condizione inferiore (75): non si possono decretare, che in perpetuo (76): finalmente non solo privano della cittadinanza, ma ancora della libertà, e così anche del godimento dell' *jus gentium*.

Or di qui risulta decisivamente il principio, al quale io mi son già anteriormente riportato più volte, che cioè la *existimatio* è una semplice creazione del diritto civile, e che non si può mai discorrere di una *existimatio* secondo l' *jus gentium*. Imperocchè due pene distruggono affatto la *existimatio*, mentre lasciano intatto il godimento dell' *jus gentium*. Ma qui si potrebbe rimproverare al nostro frammento, di essere inesattamente composto. Esso dice: « *consumitur existimatio, quotiens magna capitis deminutio intervenit, idest cum libertas adimitur* »; e poi riferisce due esempj, in cui la *libertas* non è tolta. Su di ciò sono da notare i seguenti tentativi di dichiarazione.

1) Questa difficoltà era già stata osservata dalla glossa: la quale perciò prende qui la *libertas* non pel contrapposto di servitù, ma per la facoltà di fare e di omettere tutto quello, che piace — Questa interpretazione

(73) L. 8. §. 6. I. c.
(74) L. 11. Cod. *de pœnis*.
(75) L. 28. §. 5. D. *eod.*
(76) L. 28. §. 6. D. *eod.*

non ha bisogno di esser confutata. L'Accursio propone una correzione, che appoggia all'autorità di più codici; che cioè in luogo di *veluti* si legga *vel*. Allora sotto la *magna capitis minutio* s'intenderebbe tanto la *maxima*, quanto la *media*, e la successiva proposizione (*idest cum libertas adimitur*) comprenderebbe esempj dell' una e dell' altra. Questa opinione ha contro di sè un solo ostacolo; che cioè l'ultimo esempio, che riguarda le pene del lavoro alle miniere, non sarebbe posto al suo luogo.

2) Altri osservano molto giustamente, che nella *existimatio* non si tratta affatto dell'*jus gentium*; onde non è necessario aver qui riguardo al medesimo: che la *libertas*, nominata in questo passo, non è perciò quella *juris gentium* (77) ma l'altra *juris Quiritium*, distinta anche da Cicerone (78). Questa dichiarazione ha in favore anche la circostanza, che nella nostra L. 5. §. 2. la *libertas* è nominata come immediatamente annessa allo *status dignitatis*: il che è giusto solamente della *libertas juris Quiritium*; perchè altrimenti lo *status civitatis* sarebbe omesso.

3) A sostegno di un'altra emenda parla la semplicità. In fatti se in vece di *id est* si legge *idem est*, tutto riceve il suo senso naturale: la *magna cap. dem.* designa la *media*; l'*ademtio libertatis*, la *maxima*, e gli esempj successivi si riferiscono all' una ed all' altra (79).

§. 9.

Le relazioni esaminate si appoggiano per modo alla natura delle cose, che gli stessi fenomeni si veggono ri-

(77) Noodt Obs. II. 21. Cuj. ad tit. Inst. de cap. dem.

(78) Pro Caecina 33. « *Quis enim potest jure Quiritium liber esse, qui in numero Quiritium non est?* »

(79) Zoannet resolut. 17.

petuti l' uno accanto all' altro appresso ogni popolo, che ha vivuto una vita pubblica, ed i cui cittadini hanno partecipato al potere sovrano. Fra i Germani l' onore non fu che lo stato di piena capacità giuridica. Erano condizioni di questa l' esser membro di un distretto comunale, anche dopo che le circostanze nol consentivano più, e il possedere l' onor militare. Essa dunque presuppose le qualità, che, secondo lo spirito dominante della nazione, parvero le più degne. Soggiaceva pure a diminuzione, ed a totale abolizione. Quella andava di pari passo con l' infamia romana, aveva luogo nei leggierl delitti, ed in certe occupazioni: fra gli altri effetti, produceva l' incapacità degli ufficj onorifici, e persino del feudo, perchè questo apparteneva al diritto pubblico. L' abolizione avveniva per via dei più gravi delitti, ed aveva per conseguenza la perdita di tutti i diritti. Produceva d' ordinario uno stato simile alla *capitis deminutio media*, e, quando andava congiunta alla proscrizione, vicinissimo alla *capitis deminutio maxima* (80). Il moderno diritto francese si conforma anche maggiormente alle idee romane. Esso in fatti distingue i diritti politici, dai quali è determinata la relazione dei singoli con la constituzione, e i diritti civili, che riguardano meramente la vita privata. Sono *citoyens* (*cives optimo jure*) solamente quelli, che partecipano dei primi: ad essi soli appartiene il diritto di dare il voto nelle elezioni, e di pervenire alle cariche pubbliche (*suffragium et honores*). Chi gode solamente dei diritti civili è *simple français* (*civis non optimo jure*). Chi non ha nemmen questi, è forestiero (*peregrinus*). Questi può godere dei diritti civili, che sono proprj d' un fran-

(80) Savigny l. c. I. 160. e seg. Eichhorn storia del diritto §. 14. 16. e specialmente 349. Heinec. elem. jur. germ. l. 17.

cese, solamente quando lo permettono i patti internazionali stipulati col suo Stato (*populi foederati*): ma gode per altro anche di quei diritti, che presso i Romani si noveravano nell' *jus gentium*. A questo appartiene il diritto di trasmettere per convenzioni onerose; a quello, anche la successione ereditaria attiva e passiva, come nel diritto romano — La medesima somiglianza sussiste anche nella diminuzione della capacità giuridica. Le pene afflittive e infamanti aboliscono il godimento dei diritti politici (la *dignitas*), ma non dei diritti civili. Solamente quando ha luogo per ragione di pena anche la perdita di questi ultimi, si è distinto, senza sufficiente precisione, che in certi casi i diritti dell' *jus gentium* debbono rimanere (nella *deportatio*), ma che in altri possono esser soppressi anche questi (nella condanna *aux travaux forcés à perpetuité*, *in opus metalli*). I deportati si sono ancora sottoposti alla finzione della morte reale (81).

§. 10.

Finqui non ho considerato che poco la citata opera di Dabelow, tuttochè questo scrittore siasi proposto lo stesso quesito, di sviluppare cioè per ogni parte la essenza della *existimatio*. Credo per altro, che questo luogo non sarà inopportuno ad esporre brevemente la sua maniera di vedere, tanto più che le contraddizioni, nelle quali egli s' intriga, serviranno di piena conferma alla nostra teorica. Egli parte con tutta giustizia dall' Idea (pag. 65.), che la *existimatio* designi soltanto la capacità giuridica; ma vi aggiugne erroneamente, che questo significato è relativo tanto all' *jus civile*, quanto

(81) Grolman pag. 63—91, 138—145.

all'*jus gentium*, mentre non riguarda che il primo. Così la *dignitas* vien da lui naturalmente riferita ancora all'*jus gentium*. Egli trae motivo di questa dichiarazione dalla L. 5. §. 3. D. *de extraord. cognit.*, avvegnachè in questo passo la *existimatio* apparisca distrutta dalla sola *capitis deminutio maxima* (V. di sopra il §. 8.), e conseguentemente soltanto scemata dalla *capitis deminutio media*; onde deduce, che l'idea della *existimatio* sia più estesa di quella racchiusa nella *civitas*. Perciò si dovrebbe distinguere secondo lui una *existimatio juris gentium*, ed una *juris civilis*, e riporre l'*infamia* fra i modi di diminuire la *existimatio* (pag. 60-63). Ma d'onde la corrispondenza dell'*infamia* con la *capitis deminutio media*, se anche questa non fa che scemare la *existimatio*? La *infamia* (così l'autore a pag. 63.) consiste nell'abolizione della *existimatio juris civilis*, riservata la cittadinanza, e la *existimatio juris gentium*. Qui dunque s'intende, che la *existimatio juris civilis*, cioè (secondo la pag. 65.) la capacità giuridica del diritto civile, sia qualche cosa di diverso dal godimento della cittadinanza. Questa confusa esposizione procede tant'oltre (pag. 66), che la *infamia juris* vien riferita alla *existimatio juris civilis*, e la *infamia facti* alla *existimatio juris gentium*. Ma qui si sostituisce una nuova idea alla precedente. L'autore fa ancora qualche censura di quella parte d'onore, che di sopra fu designata per mezzo del buon nome (§. 3. § 5. num 2.). La sua terminologia poi è infelicissima: in fatti che ha che fare la *infamia facti* coi diritti dell'*jus gentium*, esempigrazia col diritto di cognazione?

Se dopo di ciò è necessaria una confutazione, si può dire, che nella rammentata teorica si mostrano decisamente tre errori. Da una parte è sfuggito, che la *existimatio* si perde intieramente insieme con la cittadi-

nanza. Inoltre si sono riunite sotto l'espressione *existimatio juris civilis* due idee diverse: in un luogo la partecipazione della cittadinanza, ed in un altro quella parte di diritti civili, che è designata dalla *dignitas*. Finalmente per *existimatio juris gentium* si è intesa una volta la partecipazione all'*jus gentium*, e poscia la *bona fama* di un uomo.

§. 11.

La dottrina delle ingiurie, alla quale adesso discendiamo, dipende dalla seguente quistione: fino a qual segno sia autorizzato ciascuno ad esigere dai proprj concittadini la ricognizione della sua *existimatio*. Ora è evidente, che per rispondere a questa domanda è di suprema importanza la distinzione dei due sensi della *existimatio*, cioè come capacità giuridica di una persona, e come opinione non pregiudicevole rispetto ad una persona. Quindi io voglio brevemente preporre un confronto dei medesimi. In ambedue i casi il vocabolo *existimatio* designa un' opinione intorno al merito morale d'una persona: ma in quell' aspetto si considera questo merito solamente in quanto il subietto non è incapace di cooperare ai fini dello Stato: in questo il merito morale si riguarda più in sè medesimo, prescindendo da un fine determinato. Quell' opinione ha i suoi gradi certi: questa è capace di graduazioni indefinite. Là il suo effetto consiste nella facultà di partecipare a determinati diritti civili: qua piuttosto a certe relazioni, che non sono coattive. Predomina di sopra il civile in genere: di sotto, il puramente umano e morale. Di qui si possono già desumere due specie di violazioni dell' onore, che tanto differiscono fra di loro, quanto le due parti della *existimatio*. Esiste in fatti una violazione della *existimatio* nel primo senso, quando si fa ingiustamente una

qualche opposizione alla capacità giuridica di una persona. Si presenta dunque in ogni offesa del dritto, e sotto le stesse condizioni subiettive, che si richiedono in qualsivoglia delitto. Il caso dunque, in cui esista una simile offesa, si potrà esattamente ravvisare; perchè si dee trattare di diritti esterni e coattivi.

La violazione al contrario della *existimatio* nel secondo senso, ha un carattere assai più particolare. Essa può essere solamente riposta nella condotta di colui, che esprime a riguardo mio un' opinione contumeliosa, o che cerca di determinare altri a nutrirla. Tutto dunque dipende dall'intenzion di colui, al quale viene ascritta l' offesa.

Lo sviluppo di sì fatta differenza dimostrerà, che questa è l' idea fondamentale del diritto romano, e che solamente in grazia di essa può la presente dottrina ottener connessione ed unità.

§. 12.

Siccome il nostro scopo precipuo è quello di esporre la dottrina delle ingiurie, secondo la sua interna connessione; così ci fermeremo al tempo del diritto romano già formato, e faremo separatamente succedere le istoriche investigazioni. Nella trattazione scientifica di questa dottrina, potrebbe uno credersi per avventura obbligato a partire dalle divisioni sistematiche, che sono state stabilite in proposito dai romani giureconsulti (82): ma ben tosto si scorge, che questo procedimento non

(82) L. 1. §. 1. 2. D. *de injur*. Paul. Sent. rec. V. 4. §. 1. Collat. leg. mos. II. 5. Sembra, che Labeone fosse il primo a tentare una scientifica esposizione del nostro oggetto. Ciò è mostrato dalla partizione di lui, citata da Ulpiano, e dalla frequenza, con la quale i frammenti di questo titolo si riportano all'autorità di Labeone.

abbraccierebbe tutta la materia, essendo noto, che i romani giureconsulti non attribuiscono alcun valore alle definizioni scolastiche, e che, secondo la loro viva maniera di parlare, si appigliano per consueto all'evidenza degli esempj. Quindi ancora le instituzioni di Gajo e di Giustiniano non contengono, rispetto all'idea generale dell'Ingiuria, che una magra etimologia e pochi esempi, senza avere alcun riguardo alla partizione, stabilita da Labeone, e ripetuta da Ulpiano. In un confronto, che faremo più sotto, dei nostri risultati con le vedute correnti, ci sarà dato mostrare, che la causa, onde i più furono trattenuti sinora dal penetrare in questa dottrina, consistè nel legarsi troppo strettamente alla dichiarazione, che *injuria fit re*, *et verbis*, e nel cercar di ridurre alla medesima tutte le forme diverse: mentre essa è di fatto così indeterminata, che Teofilo (83) ascrisse il *convicium* all'*injuria*, *quae re* (ἔργῳ) *committitur*.

Il vocabolo *injuria*, come notano le nostre fonti (84), ha un doppio significato. Ivi, per vero dire, è assegnato quadruplice: ma Hasse (85), di cui per brevità presuppongo la indagine, ha riconosciuto, che quel significato, preso esattamente, si può ammetter soltanto siccome duplice. *Injuria* nel più largo senso designa qualsivoglia azione ingiusta: ed in un senso più stretto indica in particolare quella ingiustizia, che consiste in un ferimento dell'onore (*contumelia*). In quest'ultimo significato, di cui solamente qui ci occupiamo, l'ingiu-

(83) Ad §. 1. Inst. *h. t.*

(84) Pr. Inst. *h. t.* ed ivi *Theophilus*. L. 1. pr. D. *h. t.* Coll. leg. mos. II. 5. In quest'ultimo luogo per vero dire il più è stato palesemente mutilato: ma con tutto ciò se ne può con sufficiente chiarezza raccogliere il senso.

(85) La *culpa* del Diritto Rom. 56—63.

ria è dunque un'offesa della *existimatio*. Ora se noi ci rammentiamo, che la parola *existimatio* designa due cose diverse (§. 11.), indi possiamo desumere, che la *injuria* in senso stretto abbraccia due relazioni corrispondenti, che adesso si vogliono separatamente esporre.

§. 13.

La *existimatio* nel senso proprio del diritto è la civile capacità giuridica di un uomo, riconosciuta dallo Stato. Quanto è certo, che ogni cittadino dee rispettare le leggi, altrettanto è indubitabile, che egli è obbligato a riconoscere la capacità giuridica del suo concittadino nella estensione designata dalle leggi. Ma quando uno offende per avventura un diritto d'un altro, manomette una parte della sua capacità giuridica in quanto non vuole in lui riconoscere tutti i diritti, che gli sono stati assicurati dallo Stato. Per conseguenza in ogni violazione del dritto è riposta un' aggressione della *existimatio*, un'ingiuria. Dunque l'idea della *injuria*, riferita alla *existimatio* nel senso superiore, si estende quanto la sfera giuridica di una persona. Dunque l'ingiuria in senso lato contiene sempre dentro di sè un'ingiuria in senso stretto (86): e così viene a sparire la differenza dei significati del vocabolo *injuria*, che di sopra provvisoriamente ammettemmo.

Contro questa deduzione si potrebbe forse obiettare, che nei titoli delle nostre fonti, i quali appartengono propriamente alla presente materia, non sono per lo più qualificate per ingiurie, che quelle azioni, che principalmente contengono, anche secondo i nostri costumi,

(86) Grolman Diritto crim. §. 217. Feuerbach Compendio §. 291.

una contumelia; e che perciò quella lata idea dell' *injuria* nell'applicazione apparisce limitata al circolo, che le viene attribuito anche dalle odierne vedute. Al che si può agevolmente rispondere, che in que' titoli l' idea dell' ingiuria non è mai esposta secondo i dettami della giuridica filosofia, ma solamente a tenore della sua forense applicabilità; vale a dire non vi si esamina mai, quali atti si possano perseguitare con l' *actio injuriarum*. Noi pure vedremo più sotto, che, quantunque in ogni violazion del diritto sia contenuta un' ingiuria, non per questo ogni violazion del diritto si può perseguitare con l' azion delle ingiurie. E si trova per sino un passo, che indica l' idea dell' ingiuria in un modo onninamente corrispondente a questa dichiarazione. La *Collatio leg. mos.* dice, secondo la emendazion di Pithou (87): « *Commune enim omni ei nomen injuria est, quod semper adversus bonos mores fit, idque non fieri alicujus interest* ». Hasse osserva giustissimamente, che l' idea d' *injuria* è pigliata così generalmente, che va quasi a perdersi insieme col significato estesissimo di questa parola (88).

Per mostrar che la cosa stia veramente così, può ancora allegarsi la dottrina intieramente analoga del delitto di maestà. La *majestas* in fatti è per lo Stato ciò che la *existimatio* è pel singolo cittadino (89). Come questa ha il doppio significato, di capacità giuridica in generale, e di diritto particolare alla stima esterna e al buon nome; così anche la *majestas* or significa l' indipendenza assoluta, ora il diritto dello Stato alla rive-

(87) Le altre congetture si trovano nello Schulting, e nella *Jurisprud. Antejust.*, e danno intieramente lo stesso senso.

(88) l. c. pag. 62. 63.

(89) Cic. de orat. « *Majestas est amplitudo et dignitas civitatis* ».

renza e al buon nome di rimpetto ai sudditi. Ed in quel modo medesimo, in cui la *existimatio* è manomessa, quando uno disturba l'altro nel godimento di qualunque de' suoi diritti; così esiste, secondo il diritto romano, un'offesa della maestà, ognorachè un cittadino usurpa un diritto, il cui esercizio compete solamente allo Stato, ancorchè in simile azione ingiusta non si contenga alcun particolare dispregio dello Stato. Quindi si punisce, come delitto di maestà, la leva arbitraria d'un esercito; il fare uccidere illecitamente gli ostaggi, consegnati da un popolo straniero; il liberare un prigioniero da una carcere pubblica; l'arrogarsi una *potestas* per parte di un privato, o l'essersi condotto come *magistratus* (90). In questi casi non viene immediatamente offeso nel senso stretto il diritto dello Stato all'onore, ma sibbene mediatamente, in quanto che si perturba lo Stato nell'integrità de' suoi diritti. Questa veduta è inseparabilmente connessa con lo spirito dell'antichità: a tenore del quale il supremo potere dello Stato partiva dal popolo, la *majestas* stava perciò nella riunione del popolo, ed ogni delitto contro lo Stato offendeva la maestà del popolo (91). Ma l'idea del delitto di maestà si dovè molto ristringere, quando, per l'influenza del cristianesimo, i popoli si abituarono a non vedere la maestà, che nella persona del regnante (92): dopo di che fu anche necessario di distinguere l'alto tradimento, come offesa dell'indipendenza dello Stato, dal delitto di maestà, come violazione del Sovrano. Non appartengono

(90) Paul. Sent. rec. V. 29. §. 1. L. 1—4. D. *ad L. Jul. Maj.* L. un. Cod. *de priv. carc. inhib.* L. 2. Cod. *de falsa mon.* Contius *ad L. Jul. Maj.*

(91) L. 1. §. 1. D. *ad L. Jul. Maj.* «*Majestatis crimen illud est, quod adversus populum rom., vel adversus securitatem eius committitur*». Hugo storia del dritto §. 271.

(92) Stuhr Gli Stati dell'antichità e del tempo cristiano, p. 360.

al nostro tema le trasformazioni, che dovè subire il delitto di maestà per parte dei romani imperatori, dopo la distruzione della sovranità popolare, in quanto essi vollero vendicare ogni aggressione, diretta alla loro usurpata tirannide, col nome e con la pena del delitto di maestà (93). Dal che è avvenuto, che non di rado i moderni hanno mal conosciuto l'idea di questo delitto secondo la pura forma repubblicana (94), quantunque nelle nostre fonti si sia sufficientemente badato a distinguere fra il tempo antico ed il nuovo (95).

Se noi pertanto ci fermiamo al tempo anteriore, l'idea dell'ingiuria è affatto analoga a quella del delitto di maestà: nè differiscon fra loro, che in quanto l'ingiuria nell'un caso è diretta contro la personalità dello Stato, e nell'altro contro la personalità del privato (96). Ma del resto dall'essenza dell'una si può valevolmente desumere l'essenza dell'altra.

(93) Tac. Ann. I. 72. ci dice, che questo cominciò sotto Augusto. « *Legem majestatis reduxerat: cum nomen apud veteres idem, sed alia in judicium veniebant: si quis proditione exercitum, aut plebem seditionibus, denique male gesta rep. majestatem populi rom. minuisset. Facta arguebantur, dicta impune erant. Primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis eius tractavit* ». Quindi si dichiarano ia L. 4. §. 1. ia L. 6. D. *h. t.*, e ia nota L. 5. Cod. *eod.* Gl' imperatori non mancarono d' impiegati, che per incontrare il loro favore andarono a caccia di delitti di maestà. Pure i principi sostennero la dignità della loro scienza col non abbandonarla alla servitù del loro interesse despotico. Così Modestino dice nella L. 7. §. 2. *h. t.* « *Hoc tamen crimen a judicibus non in occasionem ob pricipalis majestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nec lubricum linguæ facile ad pœnam trahendum est* » Conf. anche Cropp de præcept. jur. rom. circa conat. delinq. sect. II. p. 4. *et seq.*

(94) Per es. Gothofr. diss. hist. *ad L. Quisquis*, e lo stesse *ad L. un. Cod. Theod. Si quis imp. maled.*

(95) L. 1. Cod. *ad L. Jul. Maj.* « *Etiam ex aliis causis majestatis crimina restant meo seculo* ».

(96) Quinctil. Inst. orat. V. 10. *Injuriam fecisti; sed, quia magistratui, majestatis actio est* ».

§. 14.

Fermata l'idea e l'estensione della *injuria* ci rimane a dire il perchè non ogni offesa del dritto si può perseguitare con l'*actio injuriarum*, e quali più speciali requisiti debbano concorrere, affinchè quest'azione si possa ammettere. È noto, che quando le leggi distinguono certe violazioni del dritto con nomi e pene particolari, esse prendono norma da quella violazione, che sovrasta e predomina nell'azione. Laonde, se in un'azione si contengono insieme due maleficj, il maggiore assorbisce il nome e la pena del minore. Or sebbene qualsivoglia violazione del dritto in sè contenga un' ingiuria, non ostante l'*actio injuriarum* si può intentare in virtù di quelle sole violazioni del dritto, che non trapassano in un altro maleficio legalmente definito. Questa risposta è per vero dire meramente negativa, ed il trarla dall'indeterminato dipende dal ritrovare certe generali differenze di fronte ad altri delitti legalmente definiti. Le quali procedono da due punti di vista. In primo luogo in fatti, allorchè vogliamo ridurre le civili relazioni giuridiche a certe classi generali, troviamo che alcuni diritti si connettono più da vicino con la persona, e che altri si riferiscon piuttosto agli averi (*res familiaris*) (97). È nella natura delle cose, che l'azion delle ingiurie non si ammetta per via di una semplice violazione del patrimonio, avvegnachè si possa per questo effetto ricorrere o alla *Lex Aquilia*, o ad un'altra più speciale azio-

(97) Donell. Comm. II. 1. « *Sequuntur illa duo præcepta, alterum non laedere, suum cuique tribuere; quæ ita distinguuntur ut prius ad personam, posterius ad res cuiusque pertineat* » — Idem. II. 2. « *Quod proprie nostrum est, id consistit aut in persona cuiusque, aut in rebus externis; ex his sunt præcepta illa duo distincta, alterum non lædere, suum cuique tribuere* ».

ne (98). Ma su questo tema sarà meglio lasciar parlare i classici giureconsulti medesimi: i quali dichiarano con gran precisione, che nell' azion dell' ingiurie dee predominare il personale risentimento, a motivo della sofferta violazione del dritto, laddove nell' *actio Legis Aquiliæ* si considera solamente la sofferta diminuzione del patrimonio (99), cioè il *damnum*.

L. 27. §. 17. *ad L. Aquil.* (Ulpianus lib. XVIII. ad Edictum) « *Rupisse eum utique accipiemus, qui vulneravit vel virgis, vel loris, vel pugnis cecidit, vel telo, vel quo alio, ut scinderet alicui corpus, vel tumorem fecerit: sed ita demum, si damnum injuria datum est. Cæterum si nullo servum pretio viliorem, deterioremve fecerit, Aquilia cessat, injuriarumque erit agendum duntaxat: Aquilia enim eas ruptiones, quæ damna dant, persequitur.* — §. 28. eod. *Et si puerum quis castraverit, et pretiosiorem fecerit, Vivianus scribit, cessare Aquiliam; sed injuriarum erit agendum duntaxat, aut ex Edictis Ædilium, aut in quadruplum* » (100).

L. 2. §. 4. D. *de collat.* (Paul. lib. XLI. ad Edictum) « *Emancipatus filius, si injuriarum habet actionem, nihil conferre debet: magis enim vindictæ, quam pecuniae habet persecutionem* ».

Cic. pro Cæcina cap. 12. in f. « *Actio enim injuriarum non jus possessionis assequitur, sed dolorem imminutæ libertatis judicio pœnaque mitigat* ».

Quindi, in conseguenza di un fatto, possono ancora intentarsi al medesimo tempo amendue le azioni, ognorachè esso sia di tal indole, che ne derivi una violazione della persona, ed un' offesa del patrimonio.

(98) Cujac. Parat. lib. XLVII. tit. 10.

(99) Cujac. Recit. ad Paul. in Opp. tom. V. pag. 575. Obss. XVII. 17.

(100) Questo passo si trova con piccole alterazioni anche nella *Coll. leg. mos.* II. 4.

L. 5. §. 1. D. *ad L. Aquil.* (Ulpian. lib. XVIII. ad Edictum) « *Et ideo interdum utraque actio concurrit, et legis Aquiliae et injuriarum: sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae* » .

L. 15. §. 46. *de injur.* (Ulp. lib. LVII. ad Edictum) « *Si quis, servo verberato, injuriam egerit, deinde postea damni injuria agat, Labeo scribit, eandem rem non esse, quia altera actio ad damnum pertinet culpa datum, altera ad contumeliam* » (101).

Nella stessa guisa l'*actio injuriarum* si distingne da altre due azioni, cioè dall' *actio de dolo*, e da quello *stellionatus*. Queste hanno somiglianza con la prima, in quanto che non sono esse pure che d'indole sussidiaria (102): ma non possono mai confondersi con la medesima, perchè presuppongono sempre un' offesa del patrimonio (103). Sarebbe superfluo contrassegnare maggiormente la differenza dell' *actio injuriarum* da altre anche più speciali azioni, che mirano a castigare le violazioni dei diritti patrimoniali.

§. 15.

In tal modo abbiamo trovato i primi limiti di circoscrizione dell' *actio injurarum*, ed è divenuto certo, che la medesima non ha luogo, che per via di una vera e propria offesa personale. Ma questo contrassegno è ancora insufficiente, e noi dobbiamo aggiugnere una se-

(101) La concorrenza delle due azioni c'interessa qui solamente per via dell'oggetto di amendue i loro motivi. Del resto la quistione del quanto si possa pretendere con ciascuna azione, quando s' intentino insieme, non appartiene a questo luogo. Conf. L. 34. D. *de obl. et act.* Thibaut Tratt. civ. pag. 180. e segg.

(102) L. 1. §. 1. 4. D. *de dolo.* L. 3. §. 1. D. *stellionatus.*

(103) L. 9. §. 5. L. 11. D. *de dolo.* L. 3. §. 1—3. D. *stellionatus.* Cujac. Obss. X. 26.

conda differenza. Alcune lesioni della persona sono così tenui, che, non restandone pregiudicato il pubblico bene, si può rilasciare all'offeso il non farne caso, se così gli piace. Altre all'opposto sono tanto gravi, che imperiosamente richiedono un castigo per parte dello Stato, quand'anche l'offeso rinunziasse per sè ad una punizione. Questa partizione delle lesioni del dritto non è certamente così semplice e determinata, come la prima; avvegnachè dipenda da ogni legislazione particolare lo stabilire sino a qual segno debba il giudice occuparsi d'uffizio della punizione de' maleficj. A chi dunque domandasse, quali lesioni dei diritti personali si debbano attribuire alla prima, od alla seconda specie, non si può dare, che una risposta istorica a riguardo di un determinato Stato. Il diritto romano bensì ce la rende facile, perchè distingue con la massima esattezza i delitti pubblici dai privati (104). E siccome annovera l'azion delle ingiurie fra le private, così contrassegna precisamente la loro estensione anche da questo lato (105). Importantissimo è nella presente ricerca il passo seguente, come quello che abbraccia la duplice distinzione, da noi posta in questo, e nel precedente paragrafo, e serve specialmente a confermare quanto si è detto intorno all'ingiuria in senso lato, ed alla più ristretta ammissibilità dell'*actio injuriarum*.

L. 7. §. 1. D. *de injur.* (Ulpian. lib. LVII. ad Edictum) « *Si dicatur homo injuria occisus, nunquid non debeat permittere praetor privato judicio legi Corneliae prejudicari? Idemque, et si ita quis agere velit, quod tu venenum dedisti hominis occcidendi causa?*

(104) tit. Inst. de public. jud.

(105) L. 7. Cod. *de injur.* « *Injuriarum causa non pubblici judicii, sed privati continet querelam* ».

Rectius itaque fecerit, si huiusmodi actionem non dederit. Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt judicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. Est hoc verum; sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. Quid ergo de lege Aquilia dicimus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est: at in actione injuriarum de ipsa caede, vel veneno, ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. Quid ergo, si quis velit injuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? Labeo ait, non esse prohibendum: neque enim utique hoc (inquit) intenditur, quod publicam habet animadversionem: quod verum non est; cui enim dubium est, etiam hunc dici posse Cornelia conveniri? ».

Ulpiano cerca qui con pochi esempj di piantar certe regole per l'applicazione dell' *actio injuriarum*. Primieramente pone il caso, che uno schiavo fosse ucciso, od avvelenato. Che qui si contenga un' ingiuria per il padrone, è tacitamente ammesso: ma il giureconsulto domanda, se debba concedersi dal pretore l' *actio injuriarum*, e con essa escludere la persecuzione in virtù della *Lex Cornelia de sicariis*. Questa legge in fatti tratta dell' uccisione e dell' avvelenamento (106), tanto d'un uomo libero, quanto d' uno schiavo (107). Risponde il giureconsulto, che il pretore farebbe meglio a non concedere l' *actio injuriarum*, perchè l' azione, che è introdotta per riguardi di pubblico bene, non debb' essere pregiudicata da un' azione meramente privata (108). Ma egli dubitando prosegue, che in generale per altro

(106) L. 1. pr. L. 3. pr. D. *ad L. Corn. de sic.*

(107) L. 1. §. 2. *eod.* L. 23. §. 9. D. *ad L. Aquil.*

(108) Cujac. Obss. XXIV. 16. Recit. ad Paul. in Opp. tom. V. p. 754. E.

suol dirsi, che si possono benissimo ammettere, l'una accanto all' altra, un' azione pubblica, ed una privata (109). Ciò è ben vero, ma solamente quando l'azione privata ha un obietto diverso da quello, per cui motivo s' intenta l'azione pubblica; dunque, come si dice nella constituzione riferita in nota, quando l'azione privata è diretta al risarcimento del danno, e la pubblica alla punizione dell' atto ingiusto. Ma l'azione delle ingiurie, come dice il giureconsulto poco dopo, tende ad una *vindicta* del pari che la *Lex Cornelia*; dunque la prima viene esclusa dall' altra. Ma si potrebbe opporre, segue il giureconsulto, che pure l'azion civile della *Lex Aquilia* per via dello schiavo ucciso trova luogo senza difficoltà accanto alla *Lex Cornelia* (110); perchè dunque non anco l'azion delle ingiurie? Eppure l'*actio L. Aquiliae* può intentarsi principalmente anche per via dello schiavo ucciso. No, risponde Ulpiano, non principalmente: ma questa tende soltanto al risarcimento del danno, mentre l'azion delle ingiurie prende di mira la *vindicta*. Dunque l'*actio L. Aquiliae* non è punto operativa per la sodisfazione del personale risentimento. Finalmente fa il caso: se l'uno ha percosso l'altro sul capo con la spada, non potrà questi intentare l'*actio injuriarum*? Qui la risposta è dubbiosa, perchè una sì fatta lesione non era contenuta, come l'uccisione o l'avvelenamento, nella lettera della *Lex Cornelia*. Labeone decise a favore dell' azion delle ingiurie, perchè un' azione pubblica non

(109) Questo *solemus dicere*, e la proposizione apposita, riceve la migliore illustrazione dalla L. un. Cod. *quando civil. actio*, o dalla L. un. Cod. Theod. *victum civiliter agere criminaliter posse* « *A plerisque prudentium generaliter definitum est, quoties de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive prius criminalis, sive civilis actio moveatur: nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi etc.* »

(110) L. 23. §. 9. D. *ad L. Aquil.* L. 3. Cod. *eod.*

era possibile. Ma Ulpiano rigetta questa sentenza, dopo che verisimilmente, in virtù di un rescritto di Adriano, la *Lex Cornelia* fu dichiarata applicabile anche al ferimento con la spada (111).

§. 16.

Fra le lesioni personali non si può dunque determinare un limite alle ingiurie, se non che ricercando, se l'azione offensiva sottostia ad un altro maleficio legalmente contrassegnato. Quanto la legislazione è più compiuta in quest'ultimo rispetto, tanto è più piccola la periferia dell'*actio injuriarum*. Può ancora avvenire, che questa periferia soffra dei cambiamenti appresso un medesimo popolo, se nel corso de' tempi vengono contrassegnate come particolari delitti alcune azioni, che prima avevano il carattere della criminalità senza nomi, nè pene particolari. Il che si trova accaduto nel diritto romano, e conferma, che secondo le idee del medesimo la periferia dell'*actio injuriarum* non può in effetto definirsi altrimenti che in una guisa negativa. Un esempio di ciò è stato esposto di sopra nella *Lex Cornelia:* ma sembra inoltre, che ancora lo stupro non fosse qualificato in principio che siccome un'ingiuria (112). Massimamente bensì la *Lex Julia de vi privata* trasse a sè una parte di ciò che si comprendeva nella circonferenza dell'*actio injuriarum* (113): ed in questo punto le due azioni furono in tanto contatto, che spesso decise la sola

(111) L. 1. §. 3. D. *ad L. Corn. de sic.*

(112) Paul. Sent. rec. V. 4. §. 4. — Cropp l. c. Sect. II. pag. 111. 112.

(113) L. 4. §. 1. D. *ad L. Jul. de vi priv.* Conf. con la L. 15. §. 34. D. *de injur.* — L. 8. D. *ad L. Jul. de vi priv.* Conf. con la L. 15. §. 31. D. *de injur.*

scelta, ed i giuristi non poterono dare, che il generale consiglio di usar cautamente dell' azion pretoria delle ingiurie (114), affinchè non ne rimanesse pregiudicata la *Lex Julia*, la quale, come azione pubblica, meritava la preferenza (115).

§. 17.

Le precedenti avvertenze fanno certo, che tutti i maleficj, ai quali conviene l' *actio iniuriarum*, debbono trovarsi al di dentro di questi due limiti: da un lato cioè debbono esser lesioni puramente personali, e dall' altro non debbono potersi attribuire a pubblici delitti. Se noi consideriamo attentamente quali casi possiedano i detti caratteri, troviamo, che si presentano realmente quelle lesioni del dritto, che ancora nella vita comune si chiamano ingiurie: tali lesioni cioè, nelle quali non si può accusare un danno patrimoniale, e ben poco si vuole una pubblica punizione, ma si chiede per altro una sodisfazione per via dell' offesa personale. Nè possono chiamarsi così le sole violazioni dell' onore, salvochè sotto il vocabolo onore non s' intenda la generale capacità giuridica (*existimatio* nel senso del dritto): ma il nome di torto e d' ingiustizia è migliore (*injuria* nel più lato senso).

Or noi vogliamo prendere a considerare i singoli casi, in cui il diritto romano concede un' *actio injuriarum*. S' intende di leggierl, che questi consistono in lesioni di

(114) L. 4. §. 1. cit. « *Ideo moderatius Edicto Praetoris de injuriis utendum esse, Labeo ait* ». È palese che questo luogo si deve intendere nel senso esposto, e non come crede la Glossa, che cioè Paolo consigli di preferire l' *actio praetoria injuriarum*, perchè è più mite e più moderata della *Lex Julia*.

(115) L. 7. §. 1. D. *de injur.* — Cujac. Obs. XXIV. 16. Recit. ad Paul. in opp. tom. V. p. 576. A. p. 754. D. E.

dirittl perfetti (116): ma in questa provincia può riuscire molto difficile il determinare, se sia stato offeso un diritto coattivo.

§. 18.

Il diritto romano non tratta dei singoli casi dell' *actio injuriarum* in una connessione ordinata; perocchè nel titolo *de injuriis* non si trovano nominati quelli, che sono appunto i più importanti per noi, e la periferia di questa azione è stata in varj tempi designata, ora dalla legislazione propriamente detta, ora dalla scienza, e sempre in particolari applicazioni. Ma noi non crediamo di pregiudicare menomamente alla pura esposizione del diritto romano, non contentandoci qui di una semplice enumerazione, ed in quella vece ingegnandoci di collegare secondo le idee generali i singoli casi, che sono sempre manifestazioni dello stesso pensiero fondamentale. Ed in ciò prendiamo le mosse dalla nozione della personalità; perchè la violazione di essa è il genere, che dee qui servire di base.

La periferia della personalità non si estende originalmente al di là della persona fisica. Persona nel senso naturale della parola designa solamente il complesso delle potenze spirituali e fisiche d' un uomo. Ma per indole del sociale commercio questa originale circonferenza si allarga in una triplice direzione. P r i m i e r a m e n t e rispetto ai diritti personali medesimi. Per l' uomo in fatti, che dee vivere fra altri uomini, non basta, che sia assicurata l' inviolabilità delle sue potenze spirituali e fisiche: ma dalla necessità del commercio sociale na-

(116) L. 15. §. 4. D. *de injuriis* — W e b e r delle ingiurie I. pag. 55. not. 15.

sce una serie di nuove relazioni personali, che voglionsi guarentir legalmente, come le altre. Queste si possono ridurre a due punti: vale a dire al diritto all'onore nel senso della vita comune (§. 3.), ed al diritto alla fede — Secondariamente rispetto alla natura inanimata: la quale dee fornire i mezzi di conservare, e di perfezionare la nostra personalità. La distribuzione di questi mezzi ai singoli debb' essere ordinata dalle leggi, e riconosciuta dagli altri. Finalmente rispetto al resto degli uomini; avvegnachè debba rendersi possibile a ciascheduno di operare sugli altri, senza di che la vita compagnevole non potrebbe consistere. Ciò accade, in quanto uno si obbliga un altro individuo umano, e quasi se lo assoggetta parzialmente, ed in quanto le leggi pongono sotto la loro guarentigia l' attuazione di una simile obbligazione (117). A tenore di tutto questo il vocabolo persona qui si prende in un significato diverso dal precedente, e designa l' uomo, considerato come persona giuridica, o come subietto di diritto, cioè la *persona fisica nella sua sfera giuridica*. Quando perciò la persona fisica è distaccata dalla sfera giuridica, come negli schiavi, non rimane che a riporla nel numero delle cose, e ad assoggettarla ad una persona giuridica. Non vi sono dunque che tre vie, per andare contro la personalità di un altro: o manomettendolo ne' suoi diritti personali propriamente detti; o ledendolo rispetto alla sua relazione con le cose; o finalmente offendendolo in una relazione obbligatoria. Questo è l' ordine dei singoli casi, che noi dobbiamo adesso considerare.

(117) In questa triplice direzione si riconosce facilmente la relazione alle persone, alle cose, ed alle obbligazioni. V. Löhr nel magazzino per la scienza del diritto, tom. IV. num. 1. — Solamente qui per motivi, che facilmente si comprendono, si parla della personalità dell'uomo singolo, indipendentemente dal diritto di famiglia, e di eredità.

§. 19.

I diritti, che si riferiscono alla persona, si possono disciogliere in due classi. Gli uni appartengono immediatamente alle facultà fisiche e spirituali dell' uomo: e questi debbono assicurarsi prima d' ogni altro, in quanto che constituiscono originalmente ciò, di cui gode l' uomo, aucorchè viva onninamente isolato. Gli altri diritti al contrario riguardano quelle relazioni, che ottengono la loro esistenza soltanto in grazia del consorzio sociale. Questa seconda classe di diritti è assai moltiplice, e riesce difficile dir qualche cosa di generale intorno alla medesima. Ad essa appartiene il diritto pubblico, per quanto determina la partecipazione, e le competenze dell' uomo privato nell' amministrazion dello Stato. Inoltre il diritto all' onore nel senso della vita comune (§. 3.), e finalmente il diritto alla fedeltà. Per ciò che concerne il diritto pubblico, è certamente assai raro, che l' uomo sel vegga ingiustamente impugnato: e, quando ciò intervenga, l' offensore si espone a tali rimproveri, che servon di base ad una ordinaria azione d' ingiurie. Perciò nelle nostre fonti non si presenta neppure un esempio di questa specie — Il diritto alla fedeltà soggiace a molte ambiguità come general diritto coattivo, ed è certo altresì che serve di fondamento a moltissimi dei nostri delitti speciali. Questo diritto non potrà farsi valere come tale di rimpetto a chiunque, ma solamente a quelli, che sono in dovere di rispettarlo in virtù di una special relazione obbligatoria. Quindi sarà meglio trattarne a questa occasione nel §. 21. Finalmente il diritto all' onore in senso ordinario a buona ragione appartien propriamente a questa classe: ma l' ordine, che abbiamo scelto per lo sviluppo della intiera dottrina, gli assegna un altro luogo. In fatti l' andamento

della nostra indagine ci ha condotto a stabilire una capital distinzione rispetto ai casi dell' *actio injuriarum*: di quelli cioè, che sono semplicemente lesioni della capacità giuridica, ossia della *existimatio* nel senso del dritto; ed in quelli, che sono lesioni dell' onore, cioè della *existimatio* nel senso della vita comune. In sequela di ciò i casi dell' ultima specie debbono separatamente considerarsi più sotto. Qui dunque non ci rimangono che i diritti personali della prima classe: quelli cioè, che immediatamente riguardano la persona fisica. Dietro il già detto presupponiamo, che la lesione per sua indole non sia qualificata come delitto pubblico (118). Ci restano dunque per l' *actio injuriarum* i casi seguenti.

1) La prima condizione della personalità è la libertà. Se questa veniva soppressa da un terzo con violenza, ne nasceva un' accusa ed una pena pubblica (119): ma, se veniva impugnata soltanto oralmente, il caso riceveva l' *actio injuriarum* (120).

2) Un secondo diritto del pari importante è la inviolabilità del corpo — Ogni legislazione è stata sollecita a dirigersi a questo punto, e noi vedremo di sotto nella considerazione istorica, che la legislazione propria-

(118) S' intende da sè, che queste lesioni non si prestano per un uomo libero ad una estimazione in danaro: L. 3. D. *Si quadrupes paup.* L. 1. §. 5. L. 7. D. *de his qui effud.*

(119) Tit. D. *ad L. Fab. de plagiar.*

(120) L. 11. §. 9. D. *de injur.* « *Ei qui servus dicitur, seque adserit in libertatem, injuriarum actionem adversus dicentem se dominum competere, nulla dubitatio est: et hoc verum est, sive ex libertate in servitutem petatur, sive ex servitute in libertatem proclamet, nam hoc jure indistincte utimur.* §. 12. *eod. Si quis de libertate aliquem in servitutem petat, quem sciat liberum esse, neque id propter evictionem, ut eam sibi conservet, faciat; injuriarum actione tenetur* ». Conf. anche la L. 22. *eod.* la L. 26. 39. §. 1. D. *de liberali causa*, L. 31. Cod. *eod.*

mento detta si è riferita per lo più nella nostra dottrina alle offese corporali. Queste perciò vengono nominate come l'esempio il più vicino, ma non esclusivo, quale è stato creduto sovente, della *injuria*, *quae re fit* (121). Sotto questo punto di vista si può comprendere ancora lo *stuprum*. Questo delitto, se fu consumato, non si trova nelle Pandette altrimenti posto sotto le ingiurie, a meno che sull' ancella (122): ma è verosimile che vi fosse computato per lo innanzi, come il semplice tentativo vi è realmente annoverato tuttora (123).

3) Un terzo diritto di non minore importanza è l'inviolabilità delle potenze spirituali. La lesione delle medesime soggiacerà d' ordinario a punizione pubblica (124): ma Labeone la computò a suo tempo fra le ingiurie (125).

(121) L. 1. §. 1. D. *de injur.*

(122) L. 25. D. *l. c.*

(123) L. 9. §. 4. L. 10. L. 15. §. 15—23. D. *de injur.* Cropp l. c. sect. II. pag. 113—114. Io non voglio già dire, che la penalità dello stupro si debba solamente asserire sotto l' aspetto di una lesione corporale: ma bensì confermare, che fra le ingiurie si computavano quelle azioni, che non cadevano sotto un delitto specialmente contrassegnato. Il conato di stupro fu punito come *injuria*, sebbene intrapreso con tutto il garbo, e perciò senza ingiuriose manifestazioni. Conf. L. 15. §. 15. 20. 21. cit. « *Si quis — virginem — appellavit — injuriarum tenetur . Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare: hoc enim non est convitium facere, sed adversus bonos mores attentare* ». Questo appello ai *boni mores*, già indicato di sopra (§. 13.) e così frequente e naturale in questa dottrina, perchè in sì fatta materia semi-morale, e semi-giuridica, l'ingiustizia d'un' azione non si può sovente dimostrare, che in virtù del sentimento, e dei buoni costumi.

(124) L. 38. §. 5. D. *de poenis.*

(125) L. 15. pr. D. *de injur.*

§. 20.

Il secondo modo di manomettere la personalità di un altro ha luogo, se questi vien perturbato nella sua relazione giuridica con le cose. È certo, che in ogni perturbazione di questa fatta si contiene un' offesa del diritto sociale, ed un dispregio dei diritti altrui (126). Ma affinchè una simile violazione convenga all' *actio injuriarum*, non dee principalmente consistere in una diminuzione del patrimonio (127), nè portare in sè il carattere di un delitto legalmente contrassegnato (§. 14. 15.). Rimangono dunque per questo luogo i casi, in cui l' offeso non può dedurre dei caratteri della sua querela, che sieno più determinati dell' ingiusta condotta del suo avversario: e qui specialmente è chiarissima la coincidenza dell' *injuria* in senso lato con la *injuria* in senso stretto (§ 13). Pel nostro scopo noi possiamo distinguere al di fuori dell' uomo una duplice relazione di lui con le cose.

1) V' hanno delle cose che non sono in una particolar proprietà, ma si riguardano come *res communes* (128). Il diritto di servirsi di esse si considera come proprio di ogni cittadino (129), e si può perdere solamente in pena: ma non è dato ad alcuno di contrastarlo arbitrariamente all' altro, perchè tutti in questo punto sono parificati. Anzi in questo contrasto consiste una usurpazione, che quand' anche sia insignificante pe' diritti pa-

(126) Cic. de off. I. 7. « *Eorum, quæ natura fuerant communia, quod cuique obtigit, id quisque teneat. Eo si qui sibi plus appetet, violabit jus humanæ societatis*».

(127) Cic. pro Cæcina cap 12. (conf. §. 14.)

(128) §. 1. Inst. *de rer. divis.*

(129) Cic. de off. I. 23. L. 2. §. 2. D. *ne quid in loco publ.* « *Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cuiusque: et tantum juris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum habet*»

trimoniali, è sempre offensiva come violazion del diritto. Quindi in tal caso viene espressamente concessa l'*actio injuriarum*.

L. 2. §. 9. D. *ne quid in loco publ.* (Ulpian. lib. LXVIII. ad Edictum).

« *Si quis in mari piscari, aut navigare prohibetur, non* (130) *habebit interdictum: quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere, vel in publico balneo lavare, aut in theatro spectare arceatur. Sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est* ».

L. 13. §. 7. D. *de injuriis* (Ulp. lib. LVII. ad Edictum).

« *Si quis me prohibeat in mari piscari, aut everriculum, quod graece σαγήνη dicitur, ducere, an injuriarum judicio possim eum convenire? Sunt qui putent, injuriarum me posse agere: et ita Pomponius et plerique, esse huic similem eum, qui in publico balneo lavare, vel in cavea publica sedere, vel in quo alio loco agere, sedere, conversari non patiatur: aut si quis re mea uti me non permittat, nam et hic injuriarum conveniri potest. Conductori autem veteres interdictum dederunt, si forte publice hoc conduxit: nam vis ei prohibenda est, quominus conductione sua fruatur. Si quem tamen ante aedes meas, vel ante Praetorium meum piscari prohibeam, quid dicendum est? me injuriarum judicio teneri, an non? Et quidem mare commune omnium est, et littora, sicut aer: et est saepissime rescriptum, non posse quem piscari prohiberi; sed nec aucupari, nisi quod ingredi quis agrum alienum prohibere potest. Usurpatum* (131) *tamen et hoc est, tametsi nul-*

(130) L'*interdictum ne quis in loco publico* è qui negato, perchè l'impedimento di servirsi del luogo pubblico non nacque da un'opera artificiale. E poteva anche meno esser parola dell'*interdictum uti possidetis*. L. 14. D. *de injur.*

(131) La falsa consuetudine, contro cui Ulpiano potea qui deci-

lo jure, ut quis prohiberi possit, ante aedes meas vel Praetorium meum piscari: quare si quis prohibeatur, adhuc injuriarum agi potest ».

2) Altre cose all' incontro stanno in una relazione esclusiva con una persona, a motivo di possesso e di proprietà. Anzi tutto qui si presenta la inviolabilità delle abitazioni. Appresso i popoli, che hanno un certo sentimento di libertà, ciò che sempre, o quasi sempre circonda la persona, è stimato santo, come la persona medesima (132). Una violazione delle abitazioni è indifferente, come diminuzione di patrimonio, ma è al contrario una cosa molto sensibile, come offesa del dritto. Quivi l' *actio injuriarum* trova eminentemente la sua applicazione.

L. 23. Dig. *de injur.* (Paul. lib. IV. ad Edictum).

« *Qui in domum alienam invito domino introiret, quamvis in jus vocati, actionem injuriarum in eum competere, Ofilius ait* » (133).

Ancorchè un delitto, che si voleva commettere nell'abitazione altrui, non vi fosse stato eseguito, resta sempre la violazione del domicilio, e con essa l' *actio injuriarum*. Qui dunque si affaccia di nuovo l' idea negativa della *injuria*.

dere, perchè onninamente contraria alle severe idee del diritto, fu espressamente confermata più tardi da una constituzione dell'imperator Leone. Nov. Leon. LVI. Cujac. Obss. XIV. 1.

(132) Cic. pro dom. 41. 42. « *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscuiusque civium? hic aræ, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, cæremoniæ continentur; hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde neminem abripi fas sit* ».

(133) Conf. L. 18. D. *de in jus vocando*: « *Nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium, atque receptaculum sit etc.* » Mynsinger obs. IV. 69. — Cujac. tom. V. pag. 5—10. 85.

L. 21. §. 7. D. *de furtis* (Ulpian. lib. IV. *ad Sabinum*).

« *Qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa intravit. Quid ergo? qua actione tenebitur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur, si per vim introivit* ».

Durante la guerra civile i costumi s'insalvatichiron per modo, che fu necessario assicurare con una pena pubblica la inviolabilità delle abitazioni.

§. 8. Inst. *de injur.* « *Sed et Lex Cornelia de injuria loquitur, et injuriarum actionem introduxit, quae competit ob eam rem, quod — domum suam vi introitam esse dicat* » (134).

Nè solamente per la violazione delle abitazioni, ma ancora per via di dispregio dell' altrui diritto di proprietà ha luogo l' *actio injuriarum*.

L. 25. D. *de act. emti* (Julian. lib. LIV. Digestorum).

« *Qui pendentem vindemiam emit — post traditionem, sive lectam uvam calcare, sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum, vel injuriarum agere poterit: quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur* ».

L. 13. §. 7. D. *de injur.* (Ulpian. lib. LVII. ad Edictum).

« *Aut si quis re mea uti me non permittat; nam et hic injuriarum conveniri potest* ».

L. 24. D. *de injur.* (Ulp. lib. XV. Edicti Praetoris).

« *Si quis proprium servum distrahere prohibetur a quolibet, injuriarum experiri potest* ».

(134) Conf. L. 5. pr. §. 2—5 D. *de injur.* — Paul. Rec. Sent. V. 4. §. 8. conta anche qui il delitto dei così detti *derectarii*. Ma il passo non è certamente puro, per modo che l' opinione di Cropp l. c. sect. II. p. 140—48, che il delitto dei *derectarii* fosse qualificato come un' ingiuria, si appoggia a mal ferme basi. Schulting Jurispr. Antejust. *h. t.* Heinec. Ant. rom. lib. IV. tit. 4. §. 8.

Secondo l' analogia di questi passi l' *actio injuriarum* deve concedersi anche quando il proprietario intima di ritrarsi ad uno, che vuole entrare nel fondo di lui, e l' intimato non obbedisce (135).

Finalmente si può qui riferire anche il caso di chi ha preso ingiustamente il possesso della roba altrui, come se d' un suo debitore.

L. 15. §. 31. D. *de injur.* (Ulpian. lib. LVII. ad Edictum).

« *Si quis bona alicuius, vel rem unam per injuriam occupaverit, injuriarum actione tenetur* ».

Gaji Inst. lib. III. §. 220. « *Injuria autem committitur — si quis bona alicuius, sciens eum nihil sibi debere, proscripserit* ».

In questo caso concorre veramente con la violazione del dritto, già qualificata d' ingiuria, anche un' ingiuria nel senso proprio. Imperocchè, oltre alla turbazion del possesso, viene intaccato ancora il buon nome, in quanto si fa pubblicamente apparire un individuo come cattivo debitore. Il che si trova espresso assai bene nel seguente passo di Cicerone (*pro Quinctio* cap. 14-16.) « *Continuone causa fuisset, cur a praetore postulares, ut bona possideres? — Ad vadimonium non venerat, ut ais — illico ne ad praetorem ire convenit? continuone verum fuit postulare, ut ex edicto* (136) *bona possidere liceret? Ad haec extrema et inimicissima jura tam cupide decurrebas? — Hercule cuius bona ex edicto possidentur, huius omnis fama et existimatio cum bonis simul possidetur: — de quo homine praeconis vox praedicat, et pretium conficit, huic acerbissimum vivo videntique funus ducitur. — Itaque majores nostri raro id accidere voluerunt: praetores, ut considerate fie-*

(135) §. 12. Inst. *de rer. div.* — L. 3. D. *de acq. rer. dom.*

(136) L. 2. *Quib. ex caus. in poss.* Heinec. Ant. rom. IV. 6 §. 21.

ret, *comparaverunt* — *Considerant enim quid et quantum sit alterius bona proscribere* ».

§. 21.

Ci rimane adesso a considerare la lesione della personalità in una relazione obbligatoria. Ma in questo caso l'*actio injuriarum* non trova luogo che di rado; perchè una *obligatio* è diretta per sua natura ad un oggetto speciale. Ov' essa in fatti rimanga inadempiuta, o violata, l'attore potrà dimostrare un danno determinato, od un determinato *interesse*; e quindi l'azion generale vien ristretta semplicemente al caso di sofferta lesione del dritto. Pure quando nella violazione della *obligatio* non tanto si considera una diminuzione di patrimonio, quanto ancora la confidenza defraudata, doventa applicabile l' *actio injuriarum*. La fedeltà è il fondamento di tutte le obbligazioni personali: ma più di certe specie, che di altre. Per regola il contraente dee badare da sè a cercare un uomo fededegno, ed imputare a sè medesimo, se ne resta ingannato. Non ostante in alcune specie di obbligazioni si verifica un più stretto dovere scambievole di fede: il quale debb' essere allora protetto anche giuridicamente. Questo è segnatamente il caso del deposito (137). Nello circostanze comuni basta anche qui l' *actio depositi*: la quale d'ordinario tende al simplo, e talora al duplo della cosa depositata. Ma se questa non ammette alcuna stima, come quando, depositato presso di alcuno un testamento, il depositario lo aprisse, e lo facesse conoscere, rimane esperibile la sola *vindicta* (138) a motivo

(137) L. 1. pr. D. *depositi*.

(138) Cic. Philipp. II. 4. « *At etiam literas, quas me sibi misisse diceret, recitavit; homo et* h u m a n i t a t i s e x p e r s e t v i t æ

della sofferta lesione del dritto, ed il fatto cade perciò dentro la sfera dell'*actio injuriarum*.

L. 1. §. 38. D. *depositi* (Ulpian. lib. XXX. ad Edictum).

« *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo, depositi actione recte de tabulis agi posse: ego arbitror, et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum est testamentum quibusdam praesentibus, ut judicia secreta eius, qui testatus est, divulgarentur* » (139).

§. 22.

Tutte le parole, che abbiamo fatte sinora sopra le ingiurie, si sono aggirate solamente intorno alla qualità della lesione del dritto, ed al suo carattere obiettivo. Or fa d'uopo, che ci rivolgiamo all'intenzione dell'offensore, ossia alle condizioni subiettive. È fuor d'ogni dubbio, che l'*actio injuriarum* non può intentarsi giammai a motivo di una lesione meramente colposa (140). Bensì talora si disputa, se per l'ingiuria si richieda uno speciale *animus injuriandi*, o se basti il semplice *dolus*. L'una e l'altra sentenza è erronea, se viene indeterminatamente sostenuta: ma qui bisogna distinguere le violazioni della *existimatio*, come generale capacità giuridica, dalle violazioni della *existimatio* nel

communis ignarus. Quis enim unquam, qui paullum modo bonorum consuetudinem nosset, literas ad se ab amico missas, offensione aliqua interposita, in medium protulit, palamque recitavit? Quid est aliud tollere e vita vitæ societatem, quam tollere amicorum colloquia absentium? » Conf. anche Cic. pro Roscio Comoedo cap. VI.

(139) Conf. anche L. 41. pr. D. *ad L. Aquil.*

(140) L. 13. §. 4. D. *locati*, L. 4. D. *de injur.* Weber delle ingiurie I. p. 44—50.

comune significato. In queste tutto dipende assolutamente, come sarà meglio spiegato più sotto, dalla precisa intenzione dell'ingiuriante: in quelle all'incontro, cioè in tutti i casi, onde abbiamo parlato sinora, il carattere qualificativo della ingiuria è riposto nell'azione medesima, e l'intenzione si considera solamente per giudicare, se esista in genere un fatto punibile, e non per dedurre da essa l'ammissibilità dell'*actio injuriarum*. Il decidere, se questa azione sia esperibile, o no, dipende dalla specie della violazione del dritto. Alla *injuria* dunque in questo senso appartengono le stesse condizioni subiettive, che si richiedono in ogni altro delitto, cioè il semplice dolo. Quelli, che sostengono, richiedersi in ogni *injuria* un *animus injuriandi* (141), ricorrono a molte autorità del diritto romano, nelle quali si afferma, che ciò è dichiarato espressamente. Ma questa apparente contraddizione si dilegua di leggieri, se si considera un poco più attentamente la connessione, in cui si presentano quei testi. I quali pel nostro scopo si possono ridurre a tre classi.

1) In alcuni di essi l'espressione *per injuriam* nient'altro significa che *non jure*.

L. 15. §. 31. D. *de injur.* « *Si quis bona alicuius, vel rem unam per injuriam occupaverit, injuriarum tenetur* ».

L. 3. §. 1. 2. *eod.* « *Sane sunt quidam, qui (injuriam) facere non possunt; ut puta furiosus et impubes, qui doli capax non est: namque hi pati injuriam solent, non facere. Cum enim iniuria ex affectu facientis consistat, consequens erit dicere, hos sive pulsent, sive convitium dicant, iniuriam fecisse non videri. Itaque pati quis injuriam, etiam-*

(141) Donell. Comm. XV. 25. Matthaei Comm. XLVII. 4. cap. 1. §. 7. Weber l. c. l. p. 33—53, 102—104.

si non sentiat, potest: facere nemo, nisi qui scit se iniuriam facere, etiamsi nesciat cui faciat ».

Il primo passo, a cui si appoggia il Donello, è palese che non dimostra la sua affermazione, come concede anche Weber. Il secondo indaga le capacità subiettive per la *iniuria*, e le parifica intieramente alla capacità di dolo: onde non tocca propriamente la nostra quistione, che come cosa secondaria: e si sa, che in molti casi simili i romani giureconsulti, secondo il loro modo di esprimersi, si accomodano all'esempio più vicino (142).

2) In una serie di altri passi si concede un' *actio injuriarum* per via di certe azioni, solamente a condizione, che siano state intraprese *injuriae causa*. In dichiarazione di ciò non sarà mal fatto anticipar qui un'avvertenza, che forse apparterrebbe ad un luogo ulteriore del nostro lavoro. Vi sono molte azioni, incolpevoli in sè medesime, o intieramente conformi al diritto, le quali divengono ingiuste, se s'intraprendono con uno spirito di petulanza. Ed altre azioni, secondo i loro caratteri obiettivi, si adattano ad un altro delitto, ma sono consumate nell'intenzione speciale dell'ingiuria. Nei casi dell'ultima specie dee certamente decidere la precisa intenzione relativa al carattere del delitto.

L. 55. pr. Dig. *de furtis*: « *Qui injuriae causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotae sint, non tenetur furti; nam maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit* (143).

Ma nei casi della prima specie dee presupporsi l'intenzion dell'ingiuria, perchè senza di essa non esisterebbe delitto.

(142) Si può confrontare ancora la L. 54 D. *de obl. et act.*, Paul. Sent. rec. V. 4. §. 2.

(143) Cujac. ad Paul. in Opp. tom. V. p. 586.

L. 1. §. 8. D. *de inspic. ventre* • *Si omnes vel plures renuntiaverint, praegnantem non esse, an mulier possit experiri injuriarum ex hac causa? Et magis puto, agere eam injuriarum posse; sic tamen si injuriae faciendae causa id maritus desideravit. Caeterum si non injuriae faciendae animo, sed quia juste credidit, vel nimio voto liberorum suscipiendorum ductus est, vel ipsa eum illexerat, ut crederet, quod constante matrimonio hoc fingebat, aequissimum erit, ignosci marito* (144).

Se non che queste due specie sono da considerarsi a dir vero come anomalie; perchè non appartengono affatto alle ingiurie, che si sono esaminate finora, e si accostan piuttosto a quelle simboliche (§. 24.).

3) Una terza classe di passi parla finalmente delle violazioni della *existimatio* nel comune significato, cioè delle ingiurie, che si consumano per via di parole o di segni (145). In queste ammettiamo noi pure, cho l'essenziale stia nell'intenzione (§. 11.). Ma ciò nulla prova per quella specie d'ingiurie, onde ci siamo occupati sinora: nelle quali anzi riman fermo, che richiedono solamente il dolo; per modo che, escluso il dolo, cessa l'*actio injuriarum*. Essa dunque non è ammissibile contro di quelli, che giuridicamente non hanno volontà (146); parimente se il motivo dell'agente non conteneva nulla di punibile (147): finalmente, se l'of-

(144) A ciò appartengono ancora la L. 13. §. 1. 3., la L. 15. §. 33., la L. 20. e la L. 44. D. *de injur.*

(145) L. 15. §. 12. 25—27. D. *de injur.* L. 5. Cod. *eod.*

(146) L. 3. D. *de injur.*

(147) L. 5. §. ult L. 6. D. *ad L. Aquil.* L. 15. §. 38. D. *de injur.* L. 13. §. 1. 6. D. *de coll.* L. 32. *eod.* L. 13. §. 3. L. 15. §. 23. *eod.* Donell. Comm. XV. 25. Weber l. c. p. 61—89.

feso aveva acconsentito (148), purchè ne avesse l'autorità (149).

A chi domanda, se all'*actio injuriarum* si possa opporre l'eccezion dell'errore, non si può rispondere che con una distinzione. Se in fatti si sostiene di avere errato rispetto a quelle azioni, che sono ingiuste di rimpetto a chiunque, è cosa certa, che si operò con coscienza punibile ancora contro lo sconosciuto, il quale può conseguentemente intentare l'*actio injuriarum* (150). Ma talvolta uno è autorizzato verso di un uomo ad una azione, la quale sarebbe ingiusta di fronte agli altri. In tal caso l'errore può liberare dal rimprovero dell'ingiuria (151), se specialmente l'offeso medesimo ha occasionato la confusione (152).

§. 23.

Dopo esserci occupati sinora dell'ingiuria meramente relativa alla *existimatio* in senso giuridico, ci rimane adesso ad esaminarla rispetto alla *existimatio* nel comune significato. Per riconoscere chiaramente l'oggetto della presente nostra ricerca, fa d'uopo rammentare il confronto, che fu già instituito fra l'uno e l'altro significato di questa parola (§. 2. 3. 11.). Ricordiamoci dunque, che la *existimatio* nel primo senso non è un diritto separato, ma piuttosto ciò che serve di base a tutti i diritti civili d'un uomo, e che si manomette con ogni

(148) L. 1. §. 25. L. 17. D. *de injur.*

(149) L. 27. §. 3. D. *de pactis*, L 4. §. 2. D. *ad L. Corn. de sic.* Weber l. c. p. 29—35.

(150) L. 18. §. 3. D. *de injur.* Donell. Comm. I. 22.

(151) L. 3. §. 4. D. *de injur.* Menken de prob. anim. injur. Lipsiæ 1685.

(152) L. 15. §. 15. D. *de injur.* Intorno alla correzione di questo frammento conf. Bynkershoek Obs. IV. 25.

lesione del dritto. Ricordiamoci, che il vocabolo *existimatio* nell' altro senso designa al contrario una relazione determinata dell' umano consorzio, cioè la stima e il buon nome. Questo non apparisce come una creaziono civile, ma come una cosa, che si sviluppa dalla scambievole osservazione degli uomini, e di cui lo Stato non può disporre ad arbitrio. Noi abbiamo già accennato i motivi, per cui lo Stato non può abbandonare a sè stessi questi fenomeni della vita civile (§. 3.). Il suo ufficio consiste nell'assicurare i singoli dal disprezzo e dalla maldicenza, senza troppo limitare altresì la libertà del giudizio. Ora in quanto le leggi proteggono la *existimatio* in questo senso, il diritto all'onore apparisce come coattivo. Secondo la natura delle cose può manifestarsi questo diritto in due direzioni, che si vogliono accuratamente distinguere: vale a dire, come diritto di esiger dall'altro, che non mi mostri un particolare dispregio personale; ed inoltre come diritto di esiger dall'altro, che non determini l'opinione altrui a mio pregiudizio. Queste direzioni corrispondono a due specie d'ingiurie: la prima ha luogo, se taluno esterna un particolare dispregio verso dell'altro; la seconda, se taluno gli rimprovera azioni, che necessariamente lo avviliscono agli occhi altrui (*infamare aliquem*). Daremo alla prima specie il nome d'ingiuria subiettiva, perchè null'altro esprime che il sentimento del singolo: daremo alla seconda specie il nome di obiettiva, perchè contiene il rimprovero di un'azione malvagia in sè stessa, a fine d'influire sopra il sentimento degli altri. Il diritto romano dai tempi più remoti pone questa distinzione per base delle sue disposizioni. Esso in fatti fra le ingiurie subiettive dichiarò punibile nel tempo antico solamente il *convicium*, mentre riguardò generalmente come illecite le ingiurie obiettive (*id quod in-*

famandi causa fit). Amendue le specie convengono in questo; che la violazione del dritto è meramente ideale, onde tutto dipende dall' *animus* dell' offensore; e che tanto l'una che l' altra si può commettere con le parole, con gli scritti, e coi segni. La partizione delle ingiurie in verbali e simboliche, la quale suol porsi così volentieri in fronte alla dottrina, è perciò intieramente subordinata, e non offre neppure alcuna spiegazione intorno all' essenza dell' ingiuria.

§. 24.

Per ciò che concerne la relazione dell' ingiuria subiettiva a tempo del diritto romano perfezionato, si dee primieramente distinguere la orale dalle altre. Sotto di quella è specialmente rilevato il *convicium* (153). Che cosa s' intenda per esso, potrà dirsi più chiaramente di sotto nella rivista istorica. È certo per altro, che il *convicium* non era a tempo d' Ulpiano l' unica specie d' ingiuria subiettiva punibile (154). Imperocchè subito dopo vien minacciata dell' *actio injuriarum* una seconda specie di offese verbali: e questa specie è così fatta da addurre il testo, e poscia da commentarne le singole parole, come se fossero quelle dell' editto del pretore (155).

(153) L. 15. §. 2—12. D. *de injur*.

(154) D'altro avviso è Christ. Noct. acad. I. 5. pag. 76—78.

(155) *Si quis virginem appellasset — vel ei comitem abduxit, injuriarum tenetur. — Appellare est blanda oratione alterius pudicitiam attentare: hoc enim non est convitium facere, sed adversus bonos mores attentare. Qui turpibus verbis utitur, non tentat pudicitiam, sed injuriarum tenetur* ». L. 15. §. 15—23. D. *de injur.* Rispetto ai *comites* conf. Bynkershoek Obs. V. 19. in f. — Si potrebbe dubitare, se l'*appellare* debba veramente contarsi fra le ingiurie subiettive, in quanto che l' offesa non è riposta nell' espressione verbale, ma nella richiesta. Egualmente poco appartiene

Tanto si può certamente ammettere l'opinione di Christ, che i Romani erano molto parchi nel punire le ingiurie subiettive, perchè riputavano meglio dispregiare le piccole manifestazioni o significazioni offensive, che perseguitarle in via giuridica (156). Ma sol che l'offesa toccasse i *boni mores*, cioè la pubblica decenza, credevano che si dovesse punire: come del pari, se insieme con l'ingiuria subiettiva concorreva una lesione del dritto (157) — Ma i motivi, per cui si limitò la penalità delle ingiurie subiettive, non sono applicabili alle obiettive. Imperocchè se mi è indifferente l'opinione di un uomo, non è così d'un rimprovero, che determinerebbe l'opinione di tutti gli altri contro di me. Quindi non una sola specie d'ingiurie obiettive è dichiarata punibile, ma lo sono in generale (158). Non importa il mezzo, di cui uno si serve a questo effetto: od egli facesse uso di parole, o di altre azioni (159), o di scritto (160),

alle ingiurie obiettive. Io ne ho già fatta menzione di sopra sotto un altra categoria (§. 19. not. 123). Ma in ogni caso il *turpibus verbis uti* appartiene alle ingiurie subiettive punibili, e conferma sufficientemente la tesi, esposta nel paragrafo.

(156) Perciò non ogni *contumelia* era un'ingiuria punibile. Senec. *de constant. sap.* cap. 4. 10. Questi passi debbono interpretarsi, avendo riguardo al loro scopo, ed al loro autore.

(157) L. 44. D. *de injur.* L. 1. §. 1. D. *de extraord. crim.* « *Fit injuria contra bonos mores, veluti si quis fimo corrupto aliquem perfuderit, coeno, luto oblinuerit etc.* ». Una concorrenza d'un'ingiuria obiettiva con una violazione del dritto, l'abbiamo vista di sopra al §. 20.

(158) L. 15. §. 25. D. *de injur.* « *Ait Prætor: ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam* ».

(159) L. 15. §. 27. l. c. « *Quodcumque quis fecerit, vel dixerit, ut alium infamet, erit actio injuriarum.*

(160) L. 15. §. 27. 29. l. c. Su di che V. anche Gothofr. ad rubr. tit. Cod. *quando libell. princip. dat.*, L. 5. §. 9—11., L. 6. D. *de injur.*

basta che vi sia contenuto un rimprovero, che possa eccitare il disprezzo, o l'odio dei concittadini (161). Quindi è fra le ingiurie verbali il chiamare proprio debitore uno che non è tale (162). Anche più copiosi sono gli esempj d'ingiuria obiettiva, che non consiste in parole, ma in azioni significative. A queste appartiene il comparire in abiti da lutto, coi capelli intonsi, e con la barba lunga (163): il che era segno di profondo cordoglio (164). Che ciò tornasse ad infamia altrui, si può spiegare in due modi. Si soleva in fatti comparire così in pubblico, quando un prossimo parente si ritrovava sotto un grave processo criminale (165): e i provinciali, quando avevano da queralarsi dell'amministrazione officiale del loro luogotenente, si mostravano a Roma in quell'arnese (166). Inoltre si considera come ingiuria, se uno, per eccitare l'odio della moltitudine contro la crudezza d'un persecutore, portava l'effigie dell'imperatore, o si rifuggiva alla sua statua; avvegnachè simili mezzi potessero guarentire da una reale crudeltà (167). Di più se uno si faceva dar denaro, assicurando di potere influire sul giudice, il quale così veniva presentato come corruttibile (168): o se uno, seguitando assiduamente una fanciulla, pregiudicasse alla fama di lei (169).

(161) Invidia L. 15. §. 5. 27. D. l. c. Gesner Thes. verbo *invidia*.

(162) L. 15. §. 33. D. *injur.*

(163) L. 15. §. 27. D. *de injur.*

(164) Suet. Aug. 23.

(165) L. 39. D. *de injur.* Cujac. Obs. VI. 5.

(166) Buddaeus Ann. ad Pand. h. t. Donell. Comm. XV. 25.

(167) L. 38. D. *de injur.*, L. 5. D. *de extraord. crim.*, L. 28. §. 7. D. *de pœnis*, L. un. Cod. *de his qui ad stat. confug.* — Tac. Ann. III. 36., ibique Lips. excurs. Cujac. Obs. XII. 29.

(168) L. 15. §. 3. D. *de injur.* Cujac. Obs. XX. 9.

(169) L. 15. §. 23. D. *de injur.*

Qui finalmente fa capo una moltitudine di azioni, per cui si manomette il credito d'un altro: esempigrazia, se uno non vuol ricevere come buon fidejussore un uomo palesemente idoneo (170); o se uno offre in vendita una cosa altrui, come sarebbe un pegno (171); se i creditori chiedono fidejussione, mentre non esiste alcun pericolo (172); se ricorrono senza bisogno ai mallevadori, prima che al debitor principale (173); se finalmente fanno apporre, senza alcuna nesessità, il sigillo all'abitazione (174).

§. 25.

In tutti i detti casi d'ingiurìa subiettiva ed obiettiva, sotto il diritto alla stima e al buon nome non viene offeso anche un altro diritto materiale: onde a queste due specie d'ingiurie si può dar molto bene il nome d'ideali, contrapponendole a quelle, che consistono in effettive violazioni del dritto. Le ultime stanno con le prime in quella stessa ragione, in cui la *existimatio* in senso giuridico, cioè la capacità giuridica, sta con la *existimatio* nel comune significato, cioè col diritto ideale all'onore. La differenza essenziale, che rispetto all'*animus* dell'offensore trova luogo in amendue i casi, è stata già dichiarata di sopra. Ivi si è mostrato, che nelle ingiurie ideali dee costantemente presentarsi un *animus injuriandi* (§. 22. num. 2. 3.). Tutto ciò, che esclude il *dolus*, toglie a maggiorità di ragione l'*animus injuriandi*.

(170) L. 5. §. 1. D. *Qui satisd. cog.*
(171) L. 15. §. 32. D. *de injur.*
(172) L. 31. §. 5. D. *de reb. auth. jud. possid.*
(173) L. 19. D. *de injur.*
(174) L. 20. D. *eod.* Cujac. Obss. XVII. 39. et in Opp. tom. VI. p. 686. B. C.

Se non che si può qui domandare, se un' ingiuria si possa giustificare mediante la così detta eccezione della verità. Al che è dato rispondere con una semplice distinzione. Se la manifestazione, indipendentemente dal suo tenore, è ingiusta per la sua forma, e così esempigrazia a motivo del modo di espressione, la verità del rimprovero non farà cessare l' ingiuria. Dunque nelle ingiurie subiettive quella eccezione non può mai riuscir di vantaggio. Quindi sarebbe inutile nel *famosus libellus*; perocchè, sebbene il fatto rimprovero sia vero, la sua diffusione per altro per mezzo di scritto è assolutamente ingiusta.

Const. 2. Cod. Theod. *de famosis libellis* « *Si quando famosi libelli reperiantur, nullas exinde calumnias patiantur hi, quorum de factis vel nominibus aliquid continebunt, sed scriptionis auctor potius requiratur, et repertus cum omni vigore cogatur his de rebus, quas proponendas credidit, comprobare; nec tamen supplicio, etiamsi aliquid ostenderit, subtrahatur* » (175).

All' incontro è altrimenti, se l' ingiuria non consiste che nel rimprovero di un' azione, vale a dire se è una pura ingiuria obiettiva. Allora si può certamente affacciare quella eccezione; perchè la verità espressa con moderazione non deve offendere.

L. 18. pr. D. *de injur.* « *Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum, eam ob rem condemnari; peccata enim nocentium nota esse, et oportere, et expedire* » (176).

Ma ciò si dee limitar solamente alla pura ingiuria obiettiva. Benchè l'azione fosse vera, ma il rimprovero fosse ingiusto, a motivo del modo, con cui fu gettato in faccia, o di altre circostanze, esempigrazia di tem-

(175) Conf. anche la L. 4 Cod. *Theod. eod.*
(176) L. 10. Cod. *de injur.*

po o di luogo, si presenterebbe contemporaneamente un' ingiuria subiettiva, e questa almeno sarebbe punibile. Su tal distinzione riposa la notissima L. 5. Cod. *de injuriis*: « *Si non convicii consilio, te aliquid injuriosum dixisse probare potes; fides veri a calumnia te defendit* ». Questo passo presuppone il rimprovero di una qualche azione malvagia, la quale, da quel che seguita, si può forse giudicare di omicidio. L' imperatore risponde: « Se la tua manifestazione non è espressa ingiustamente per la sua forma (*convicii consilio*), ma come semplice giudizio, tu ti puoi liberare dall' imputazion di calunnia con la prova della verità (177) ».

§. 26.

Ci rimane adesso a considerare la parte istorica della presente dottrina. Ma poichè la sua interna struttura rimase appresso i Romani sempre la stessa, nè si può parlare di una mutazione di pensieri fondamentali, che nascesse in una guisa veramente popolare; così la sezione, di cui prendiamo ad occuparci, riuscirà in certo modo infruttuosa per la più profonda investigazione della materia. Dai Romani ai Germani si può ravvisare per avventura una qualche mutazione, la quale riposa sopra il sentimento nazionale (178): ma il trattare di essa non è di questo luogo. Le variazioni, che rispetto a questa dottrina si presentarono appresso i Romani in tempi diversi, avvennero in virtù della legislazione propriamente detta, e così in un modo affatto positivo. Ma queste non contemplarono per la più parte, che le pene e la procedura, che fu seguitata nei casi d' ingiuria.

(177) Weber seguita un' altra interpretazione l. c. pag. 181. 182.
(178) Steffens del tempo presente pag. 29.

Ogni popolo giunge assai presto a fermare da sè, per mezzo di leggi espresse, qualche disposizione intorno alla punizione delle azioni ingiuriose; perchè ciò appartiene ai primi principj della civil compagnia. Ma quelle disposizioni non sono che rozzi progetti, dove sovente non trovasi neppure sviluppata l'idea generale d'*injuria*, e vi si designano soltanto come legalmente punibili certe azioni, che secondo il modo dominante di pensare fanno impressione, e destano apprensione. Sotto questo rispetto si può riscontrare una doppia combinazione fra l'antichissimo diritto romano ed il diritto germanico. Primieramente, per ciò che concerne le XII. Tavole, J. Gothofredo ha fatto parlare a quattro passi della VII. Tavola di quelle azioni, che oggidì riporremmo effettivamente nel novero delle ingiurie. Noi vogliamo esaminare con qualche diligenza le ragioni del suo piano, per dimostrare, non foss'altro, che il suo testo non è tanto sicuro, che possa dispensare dal rivederlo. E ciò non ostante si ricopia alla cieca e si ristampa sovente (179). I luoghi dei classici, dove si fa menzione delle prescrizioni delle XII. Tavole intorno all'ingiuria, possono ridursi a quattro classi.

1) Paolo e Gellio (180) riportano quasi con le stesse parole il passo delle XII. Tavole « *Si injuriarum faxit alteri viginti quinque aeris poenae sunto* ».

2) S. Agostino (181) cita abbreviandole le seguen-

(179) Ciò è stato fatto segnatamente nell'opera di Bouchaud Commentaire sur la loi des XII. Table 2de edition Paris 1803.

(180) Paul. Coll. Leg. Mosaic. II. 5. Gell. Noct. att. XX. 1., ed anche XVI. 10. Paolo bensì in vece di 25 assi, parla di altrettanti sesterzj. Conf. Schulting ad h. l. Heinec. Antiq. Rom. IV. 4. §. 1. — Gajus Com. III. §. 223. dice: « *propter cæteras injurias XXV. assium pœna constituta* ».

(181) De civ. Dei II. 9. Conf. ibid. c. 12. Cic. Tuscul. quæst. IV. 2.

ti parole di Scipione, desunte dal lib. IV. dell' opera di Cicerone *de republica*: « *Nostrae XII. Tabulae, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt: S i q u i s o c c e n t a s s e t, s i v e c a r m e n c o n d i d i s s e t, q u o d i n f a m i a m f a c e r e t, f l a g i t i u m v e a l t e r i* ».

3) Festo (182) e Gellio (183) riferiscono con le stesse parole, il primo traendolo da Verrio Flacco, il secondo, per quanto si può supporre, dalla sua memoria, il passo delle XII. Tavole: « *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio estio* (184).

4) Paolo (185) dice. « *Injuriarum actio — legitima* (*est*) *ex lege XII. tabul. Qui injuriam alteri facit, XXV. sextertior. poena subit. Q u æ l e x g e n e r a l i s f u i t l i b e r o t r e c e n t o s s e r v o s C L p o e n a m s u b i t o s e x t e r t i o r u m* ».

Vediamo adesso ciò che Gothofredo ha dedotto da questi passi per le XII. Tavole, e quello che se ne può con certezza dedurre. E qui sono da farsi due cose: in primo luogo vuolsi esaminare il senso ed il testo, poscia la disposizione.

Rispetto al testo apparisce come cosa certa, che nel primo e nel terzo passo sono riportate realmente le parole delle XII. Tavole; onde Gothofredo le poteva accettare con sicurezza. Bensì può nascer dubbio intorno al loro senso. Si è voluto affermare, che il primo passo non parli che delle ingiurie verbali più leggiere: ma ciò vien contraddetto dal noto esempio di Gellio — Il secondo passo, o dimenticato, o riputato mal sicuro

(182) in v. *Talio.*

(183) Noct. att. XX. 1.

(184) Il medesimo si trova in Gajo Comm. I. c., nel §. 7. inst. *de injur.* in Paolo Rec. Sent. V. 4. §. 6., Gell. Noct. att. XVI. 10.

(185) Collat. leg. mos. II. 5.

dall' Hugo (186), è stato ammesso dal Gothofredo: « *Si qui pipulo occentassit — fuste ferito* » Quando egli dà queste parole, come testo effettivo delle XII. Tavole, si possono sollevare dei dubbj sopra tre punti. Primieramente sopra l' aggiunta *pipulo occentare* invece del semplice *occentare* (187), la quale, comecchè possa farsene palesemente a meno, è del tutto arbitraria. Si appoggia in fatti al seguente passo mutilato di Festo (188):

. . . . *sala in explana* . . . . .

. . . . . *ploratus*. . . . .

Il qual luogo fu restituito da Fulvio Orsini così:

Pipulum, ut messala in explanatione XII. putat, est ploratus.

Dunque la parola *pipulum* e la sua relazione alle XII. Tavole è una semplice congettura, e tanto più in questo luogo in connessione con l'*occentare* (189). In secondo luogo la giunta *fuste ferito* non si trova presso S. Agostino, il quale anzi allude alla pena di morte (190): e le altre testimonianze, raccolte nel Gothofredo, pongono fuori di dubbio, che all' *occentare*, e al *malum carmen condere* era determinata la fustigazione. In terzo luogo è incertissimo, se quelle parole nel giro preciso, in cui si trovano appresso S. Agostino, appartengano propriamente al testo delle XII. Tavole: anzi le seguenti frasi di quel padre della Chiesa condurrebbero in un altro parere « *Haec ex Ciceronis quarto de republica libro ad verbum excerpenda arbitratus sum, nonnullis propter*

(186) Storia del dritto §. 130.

(187) Salmasius Obs. ad jus. att. p. 264.

(188) Nella raccolta dei Grammatici di Dion. Gothofredo pag. 156. e 389.

(189) Questa connessione non si prova per mezzo di Varrone *de ling. lat.* VI. 5.

(190) Particolarmente nel lib. II. *de civ. Dei* c. 10.

faciliorem intellectum vel prætermissis, vel paululum commutatis » . Non è dunque certo, che ivi sieno le parole originali delle XII. Tavole .

E neppure è affatto indubitato il senso delle parole esistenti . Che cosa significa precisamente *occentassit?* La maggior parte pensano, che *occentare* equivalga a *carmen condere*. Ma una simile ripetizione non conviene alla semplicità delle XII. Tavole . Festo (191) dice, che in antico fosse il medesimo di quello, che si chiamò più tardi *convicium facere* . Vedremo di sotto, che per *convicium* non s' intendeva ogni oltraggio orale, ma solamente quello, a cui andava unito un pubblico rumore. Ora il *carmen facere* è cosa molto diversa . Per altro un luogo di Arnobio (192) sembra offerire schiarimenti per la concordia . « *Carmen malum conscribere, quo fama alterius inquinetur et vita, decemviralibus scitis evadere noluistis impune: ac ne vestras aures convicio aliquis petulantiore pulsaret, atrocibus formulas constituistis injuriis* » . Secondo questo passo si ascrive ai decemviri semplicemente la punizione dei *mala carmina*, e si dice che pel *convicium* furono stabilite delle formule, le quali, come ora sappiamo da Gajo, vennero introdotte dall' Editto pretorio. Inoltre sul margine d' un antico manoscritto della citata opera di S. Agostino si trova la nota seguente : « *Occentare est infame carmen nominata persona edere, occentare contrarium canticum cantare* ». Ma io non dò peso a quest' ultimo documento : e la considerazione di Festo è decisiva . Il luogo poi d' Arnobio può sempre dichiararsi in maniera, che gli oltraggi orali si riguardassero dall' editto come legalmente punibili, ancorchè avvenissero con piccolo romore esterno . Imperoc-

(191) sub v. *occentassint.*
(192) Adversus gent. lib. IV.

chè nel significato della parola *convicium* si presentò a poco a poco una graduazione, di cui diremo di sotto qualche cosa di più.

Le parole del quarto passo sono evidentemente corrotte. Il Gothofredo le ha restituite così: « *Qui os ex genetali fudit libero CCC: servo CL aeris poenae sunto* ». Or quivi il testo è formato intieramente ad arbitrio. Che fosse almeno esatto relativamente al tenore, si poteva per lo innanzi presumere (193); ora si sa precisamente (194).

§. 27.

Finquì abbiamo veduto, che cosa si debba pensare del testo: adesso della sua posizione. Il Gothofredo ha collocato i quattro passi riferiti di sopra nella tavola VII, ed ha creduto, che il primo trattasse della *injuria levis*, gli altri delle *injuriae atroces*, e così che il secondo contemplasse l' *injuria atrox loco*, il terzo ed il quarto la *injuria atrox re* (195). E questa collocazione non si appoggia ad altro che alla generale affermazione, che nella tavola VII. si contenessero le disposizioni intorno ai delitti. La prova di che riposa sul presupposto, che ognuno dei sei libri del comentario di Gajo sulle XII. Tavole corrispondesse a due tavole. È un fatto, che si trovano due passi del quarto libro di quel comentario (196), l' uno de' quali tratta dell' *incendium*, e l' altro del *venenum malum:* onde si potrebbe desumere, che dei delitti si trattasse nella tavola VII,

(193) Secondo Gellio XX. 1., §. 7. Inst. *de injur.*, ibique Theophilus.

(194) Gajus l. c. « *propter os vero fractum aut collisum, tre. centorum assium* ».

(195) L. 7. §. 8. D. *de injur.*

(196) L. 9. D. *de incend.* L. 256. pr. D. *de verb. sign.*

o nella VIII. Ma d'altra parte si può dimostrare nello stesso modo, che *de arboribus furtim caesis* si parlava nella I, o nella II. tavola (197), ed un'altra testimonianza ne accerta (198), che del *furtum* si parlava nella tavola II. Dunque sparisce la prova superiore della collocazion dei delitti in generale, e perciò ancora delle ingiurie, nella tavola VII. Ed ancorchè questa proposizione si volesse ammettere, bisognerebbe almeno proporre delle obiezioni contro la riunione sistematica e l'ordinamento di quei quattro passi. Imperocchè la partizione dell'ingiuria in lieve ed atroce provenne dall'editto, e dalla introduzione dell'*actio aestimatoria*, nella quale, come vedremo di sotto, se l'ingiuria era atroce, aveva luogo una procedura speciale. Inoltre io non credo, che le mutilazioni del corpo si comprendessero nell'idea generale d'*injuria*, come non vi si contenevano nell'antico diritto germanico, nel quale fra gli oltraggi orali si dava rilievo solamente a quelli, che sono più particolarmente punibili per la loro gravità (199). Ma indipendentemente da ciò ivi si parla di bistrattamenti corporali in altri luoghi (200). Nella trattazione di questa dottrina l'antico diritto germanico si combina in doppia maniera con l'antico diritto romano: cioè nel concedere la persecuzion giudiciaria di una offesa orale in circostanze di special gravità; e nella punizione delle lesioni corporali, in quanto si vendicarono con la multa o col talione, ognorachè l'avversario non transigesse (*ni cum eo pacit*) (201).

Il risultato adunque è in brevi parole il seguente

(197) L. 2. 4. D. *arbor. furt. cæs.*
(198) Gellius VII. 15.
(199) Lex Salic. tit. XXXII.
(200) Lex Salic. tit. XX, XXIII, XXXV.
(201) Heinec. Elem. jur. germ. II. 22.

Non si può dire con certezza, se, e dove quelle quattro prescrizioni fossero riunite: ma è cosa altrettanto sicura, che le XII. Tavole contenevano pene per quelle lesioni del dritto, per le quali non si aveva in quel tempo alcun' altra designazione, che quella d' *ingiurie*. Fra queste i bistrattamenti corporali furono certamente le più comuni: e si colpirono con pene particolari, quando ne procedeva una mutilazione. In oltre le leggi decemvirali punivano le ingiurie subiettive, come le obiettive (§. 24.): bensì non indistintamente, ma soltanto certe specie particolarmente designate, cioè l' *occentare* ed il *carmen famosum*.

§. 28.

I motivi, per cui più tardi non furono sufficienti queste determinazioni, si riducono in parte al cangiato valore del danaro, ed in parte all' addolcimento de' costumi. Le pene in alcuni casi erano troppo lievi; in altri, troppo dure. L' esperienza inoltre fece conoscere molte specie di oltraggi, che non erano legalmente contemplate nelle XII. Tavole, e la cui punizione fu resa necessaria dal sempre più sviluppato commercio sociale. E l' Editto del Pretore somministrò validissimi ajuti. Non si può con certezza asserire, se le disposizioni di esso, quali le conosciamo attualmente, nascessero tutte in una volta, o a poco a poco: ma l' analogia parla a favore del secondo modo. È del pari incerto, se il cangiamento principale di questa dottrina, dico l' introduzione dell' *actio aestimatoria*, provenisse dal Pretore: ma qui pure si possono assegnare dei limiti certi. Infatti è indubitato in primo luogo, che questo fatto avvenne avanti il tempo d' Augusto; perocchè Aulo Gellio (XX. 1.) trasse il noto racconto di Lucio Verazio dal comentario di Q. Labeone sulle XII. Tavole Questi limiti per al-

tro si possono ristringere anche di più, cioè avanti al tempo di Silla; perchè questo punto dell' editto pretorio, che nacque all' occasione dell' insolenza di Verazio, dee riportarsi avanti alla *Lex Cornelia de injuriis*, ai termini della quale sarebbe stato altrimenti giudicato questo petulante cittadino. Per altro la stima delle ingiurie non è stata ritrovata dal Pretore, ma è sorta, come le altre parti dell' editto, dalla consuetudine (202).

Ciò presupposto, consideriamo adesso le singole disposizioni dell' editto: al quale servon talmente di base le medesime vedute, che alle XII. Tavole, che si può dire non aver quello fatto altro, che estendere e sviluppare le leggi decemvirali. Al sopraddetto luogo delle XII. Tavole (§. 26. 1.) corrisponde quel punto dell' editto, in cui s' introduce un' *actio aestimatoria* contro le lesioni del dritto, che non hanno più esatta nomenclatura del vocabolo *injuria*. L' idea dell' ingiuria è un poco più determinata in questa fonte che in quella. Il che risultò in parte dalle vedute dominanti del popolo, ed in parte dipendè dal giudizio del pretore, come vedremo più sotto (§. 31.) nella procedura per le cause d' ingiurie. In questo rispetto il tenore dell' editto è certo a motivo delle testimonianze che ne abbiamo (203). Del testo medesimo ci è stato conservato il passo seguente.

« *Collat. leg. mos. II.* 16. *Paul. libro singulari de injuriis, titulo quaemadmodum injuriarum agatur* ».

« *Qui injuriarum agit, certum dicat quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit* ».

Il senso di questo luogo sarà schiarito di sotto (§. 31.). Ma che questo testo fosse realmente un passo del-

(202) *Moribus* dice Paolo Sent. rec. V. 4. §. 7.

(203) Paul. l. c. Gajus Comm. III. §. 824., §. 7. Inst. *de injur.* ibique Theophil.

l'editto, vien dimostrato dalla concordante allegazione di Ulpiano lib. LVII. *ad Edictum* (204).

Un' altra disposizione dell' editto, che ci è stata conservata a parola, concerne le ingiurie ideali subiettive (§. 24.). Queste non furono dichiarate punibili in generale, ma solamente sotto la forma determinata del *convicium* (205). Che cosa fosse il *convicium* sarà del pari indagato separatamente di sotto. Questo luogo dell'editto corrisponde pertanto all' *occentare* delle XII. Tavole.

Una terza disposizione dell' editto, egualmente conservata a parola, contempla le ingiurie ideali obiettive (206). Questa dunque corrisponde al *carmen famosum* delle XII. Tavole, ma è per altro molto più estesa. In fatti per la medesima cade sotto la pena tutto ciò che ridonda ad infamia altrui, o consista in parole, o in simboli, o in scritti, o in canti. Ma poichè può commettersi in moltiplici modi, il Pretore si è riservato di aver riguardo alle circostanze: non ha fatto così nel *convicium*, che può presentarsi in una sola maniera. Questo luogo dell' editto è dunque rilevantissimo e fecondissimo per la presente dottrina, tuttochè venga detto, che Labeone lo riputasse superfluo, perchè contenuto nella *clausula generalis injuriarum* (207). Sembra dunque, che l' editto, come nella *restitutio in integrum*, specialmente notasse i singoli casi, e poi contenesse una clausula generale.

Da queste tre disposizioni dell' editto furono de-

(204) L. 7. pr. D. *de injur.* « *Prætor edixit. Qui injuriarum etc.*

(205) L. 15. §. 2. D. *de injur.* « *Ait Prætor: Qui adversus bonos mores convicium cui fecisse, cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, in eum judicium dabo* ».

(206) L. 15. §. 25. D. *eod.* « *Ait Prætor: Ne quid infamandi causa fiat: si quis adversus ea fecerit, prout quæque res erit, animadvertam* ».

(207) L. 15 §. 26. D. *eod.*

signate le tre dimensioni delle ingiurie punibili: fra le quali la subiettiva è la più limitata. Ma l'editto conteneva inoltre un'espressa disposizione intorno alle offese, che fossero commesse contro le donzelle, per mezzo di petizioni (*appellare* non era un *convicium*), di seguitamenti, di scompagnamenti. Queste azioni limitano in un modo relativo l'ingiuria ideale subiettiva ed obiettiva. Il testo dell'editto non ci è stato in questa parte conservato: ma si rileva dai luoghi d'Ulpiano, che lo comentano (208). Inoltre l'editto conteneva ancora un passo intorno alle offese, che arrecasse uno schiavo (209), ed altri due luoghi conservati a parola intorno alle così dette ingiurie mediate: cioè sopra l'offesa, che fu fatta al padrone nella persona del suo schiavo (210), e che fu commessa contro le persone, che si ritrovano *in potestate* (211). Al perfezionamento di questa dottrina delle ingiurie mediate i giureconsulti hanno impiegato una diligenza tutta particolare: la quale si può forse spiegare col guadagno a profitto dei padroni, che andava unito ad una tale azione. La quistione per altro, se lo schiavo fosse stato offeso, si decideva naturalmente secondo principj affatto diversi da quelli, che si applicavano ad un libero (212).

§. 29.

Ripiglieremo adesso ad investigare il proprio significato della parola *convicium*. Fu già in questo proposi-

(208) L. 15. §. 15—23. D. *de injur.*

(209) L. 17. §. 3. 9. D. *eod.*

(210) L. 15. §. 34., L. 17. §. 2. D. *eod.*, §. 3. Inst *h. t.*

(211) L. 17. §. 10—22. conf. con la L. 1. §. 3—9, L. 18. §. 4. 5. D. *eod.*, §. 2. Inst. *h. t.*

(212) Gaj. Comm. III. §. 222., §. 3. 7. Inst. *de injur.*, ibique Theophil., L. 7. §. 2. L. 15. §. 35—44. D. *de injur.*

to agitata una viva controversia fra i filologi ed i giureconsulti; avvegnachè Lorenzo Valla impugnasse l'etimologia e la significazione, assegnata da Labeone e da Ulpiano: ed all'incontro venne in campo come loro difensore l'Alciato, il quale fu alla sua volta combattuto da Francesco Florido Sabino, che prese le parti del Valla. Ed in questa pugna letteraria si frammischiò ancora a pro' dei romani giureconsulti un campione incognito, che fu probabilmente Jacopo Capello (213). Tutti avean torto; perocchè gli uni credevano, che il senso giuridico dovesse essere esclusivamente quello della vita comune, e gli altri viceversa. Ma è frequentissimo, che una parola abbia conservato presso i giureconsulti il suo antico significato tecnico, mentre lo ha perduto nella bocca del popolo. Primieramente, per ciò che riguarda l'etimologia, la diversa maniera di scrivere questo vocabolo (ora *convicium*, ora *convitium*) ha prodotto opinioni diversissime. In mezzo a varie derivazioni false, o a *concitatione*, o *a conventu*, Ulpiano accenna (214) ancora la vera, *quasi convocium*. L'opinione di Nonio Marcello (215) è onninamente errata. Festo 216) accanto alla falsa derivazione riprende la vera. Che *convicium* debba esattamente dedursi soltanto da *vox*, può ammettersi come cosa decisa, tanto in grazia di ciò, che Ulpiano seguita a dire, quanto in grazia della greca parola καταβόησις (217). Ma che vuol

(213) Duker Opuscula varia de latinitate JCtorum veterum, Lipsiæ 1773. p. 169—178.

(214) L. 15. §. 4. D. *de injur.*

(215) Sub. verbo Convitium, *dictum est, quasi e vitiis locum* (altri leggono *e vicis jocum*), *qui secundum ignobilitatem loci maledictis et dictis turpibus cavilletur* ».

(216) Sub. verb. Convicium « *a vicis, in quibus prius habitatum est, videtur dictum: vel, immutata litera, quasi convo·tum* ».

(217) Cujac. Obs. VI. 6. Menag. Amænit. jur. civ. *h. v.*

dire *convicium*? Qui bisogna molto accuratamente distinguere la favella comune dalla giuridica. Secondo quella, il significato di *convicium* ha molte graduazioni: nell' infima delle quali designa qualunque alto schiamazzo, che non sia diretto contro una determinata persona, nè congiunto all' intenzione di oltraggiare; dunque una semplice combinazione di voci, anche in lode (218). Dipoi significa lo schiamazzo verso una determinata persona, tanto di uno, che di più, ma non per far onta (219). Prende inoltre un colore avvilitivo, sotto il quale comincia a significare un semplice rimprovero (220), e poi un' onta di uno contro di un altro (221). Qui dunque Valla e Florido ebbero ragione di dire, che *convicium* equivalesse ad ogni *maledictum*. Finalmente nel supremo grado avvilitivo significa quell' oltraggio, che vien fatto con alto schiamazzo, ed alla presenza di molti. Questo è il proprio ed esclusivo senso giuridico della parola: questo è il significato, cui presuppone l' editto, quando dichiara punibile il *convicium*. Qui dunque l' Alciato ebbe alla sua volta ragione di dire, che il *convicium* non equivale ad ogni *maledictum*. Ciò risulta, non tanto dalle chiare espressioni di Ulpiano (222) e di Festo (223) quanto ancora dalle interpretazioni greche delle Pandette. Ivi in fatti la parola *convicium* è tradotta συναγωγή, ovvero ὀχλαγώγιον, e si trova scritto: πολλῶν

(218) Cæsar de bell. civ. I. 2. Cic. pro Archia 6. in Ver. V. 11, pro Sext. 55.

(219) Cic. Pro Cluent. 27., ad Attic. I. 14., ad famil. X. 16.

(220) Plin. Epist. VI. 12. Cic. Acad. IV. 40.

(221) Cic. pro Coel. 3. Sueton. Aug. 13. Plaut. Mercat. XI. 1. 11.

(222) L. 15. §. 11. D. *de injur.* « *Ex his apparet, non omne maledictum convitium esse, sed id solum, quod cum vociferatione dictum est.* §. 12. « *Quod autem non in coetu, vel vociferatione dicitur, convicium non proprie dicitur* ».

(223) Sub. verb. *occentassint.*

τινῶν σύνοδος, ὅτε πολλῶν τινῶν φωναὶ παρὰ τοὺς ἀγαθοὺς τῆς πόλεως τρόπους εἰς αὐτὸ συντρέχουσιν εἰς φθόνον καὶ ἀτιμίαν τινός. Finalmente Teofilo è stato indotto per via di ciò a porre il *convicium* nella *injuria*, *quae re* (ἔργῳ) *committitur*, perchè deve andare unito ad un gran tumulto esterno.

Tutto questo serve di fondamento alla semplice controversia sulla parola. Ma si disfigura realmente la dottrina, quando Christins (224), solamente a far prova del suo elegante periodo, asserisce, che la libertà della parola non fu ristretta che dal solo despotismo; che il *convicium* era stato sempre congiunto con una offesa effettiva della persona, e che sino all' impero non soggiacquero a pena, che le ingiurie reali: fra le quali si trova poi costretto a computare le ingiurie ideali obiettive, sotto il pretesto, che il Pretore non parlasse, che di un *fiat* e di un *fecerit*.

Ma siccome *convicium* nella vita comune denotava ogni schiamazzo, il Pretore doveva aggiugnere, come carattere della penalità, *contra bonos mores*: su di che Ulpiano dice inoltre « *ostendit, non omnem in unum collatam vociferationem Praetorem notare* ». Ma l' occasione di questa aggiunta non fu per avventura la più opportuna. In fatti quando si abbisognava di un testimone per una controversia forense, facea d' uopo chiamarlo ad alta voce alla sua abitazione. E le XII. Tavole contenevano, secondo Festo (225), la disposizione: « *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito* » dopo di che egli subito dice: « *vagulatio significat quaestionem cum convicio* ». Questo passo è stato sovente mal inteso, perchè si è pigliato *convicium* nel senso di oltraggio,

(224) Noctes acad. spec. I. obs. 5.
(225) Sub. verbo *Portum*, e *Vagulatio*.

mentre non significa che un alto grido (226). Nel tempo successivo questa pubblica chiamata a far testimonianza si disse *publice denuntiare*, o *testato nuntiare* (227), e sotto gl' imperatori *evocare* (228). Un sì fatto *convicium* non soggiaceva a pena, perchè non era *contra bonos mores*.

§. 30.

Mediante l' editto la nostra dottrina fu tanto perfezionata, quanto avrebbe potuto esserlo per via di leggi. Ciò che si fece più tardi per mezzo di queste consistè nell'accrescer la pena di certe specie particolarmente segnalate d' ingiurie, al che si pose mente a motivo della corruttela de' costumi. Così dispose la *Lex Cornelia* intorno alle tre note specie d' ingiurie reali (229): in oltre un senatusconsulto, del quale è ignoto il nome, determinò la punizione delle ingiurie scritte (230): forse lo stesso senatusconsulto contemplò coloro, che portassero ingiustamente l' effigie del principe, quasi per

(226) Io non ho potuto procurarmi il trattato di Haubold *de ritu obvagulationis apud Romanos*: ma per quanto ne ho saputo conoscere dalle citazioni di Weber, *delle ingiurie*. part. I. pag. 116, la mia opinione concorda con la sua.

(227) Non di rado la legge determinava il numero de' testimoni, che si dovevano così chiamare per una controversia. A ciò appartiene la formula, che si trova in Valerio Probo, sotto le lettere Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. Q. D T. P. D. D. P. F. *quanti ea res erit, tantæ pecuniæ judicium recuperatorium dabo, testibusque duntaxat publice decem denuntiandi potestatem faciam*. Nell' ediz. di Putsch p. 1542. Nel Gothofredo manca questa formula. Appartiene inoltre a questo luogo la *Lex Manilia* negli *Scriptor. rei agrariæ* ed. Goesius p. 340. et in not. Goes. p. 183. Brisson *Ant. sel.* II. 17.

(228) L. 1. §. 2. D. *de testib.*

(229) L. 5. pr. §. 1. seq. D. *de injur*. Paul. Rec. Sent. V. 4. §. 8.

(230) L. 5. §. 9—11. L. 6. D. *de injur*. Paul. Rec. Sent. V. 4. §. 15. 16.

trovar protezione (231): a ciò finalmente si riferirono le diverse constituzioni degl' Imperatori intorno ai *famosi libelli* (232). Ma il determinare, se un' azione fosse qualificata come ingiuria punibile da una legge speciale, perdè in genere la sua importanza, giacchè nelle cause d' ingiurie divenne consueta la procedura *extra ordinem.*

§. 31.

La procedura, che si seguitava nelle cause d' ingiurie a tempo delle XII. Tavole, non è chiara, o almeno non si vede bene, quale delle cinque *legis actiones*, onde fa menzione Gajo, si potesse a questo caso applicare, se pur non era la *judicis postulatio* (233). Il luogo, che parla di questa, è disgraziatamente corrotto per la massima parte: ma da ciò, che ne esiste, sembra potersi conchiudere, che essa consistesse in quell' atto, con cui le parti domandavano la nomina di un giurato (di un *judex*). Quindi la *judicis postulatio* poteva e doveva aver luogo in ogni azione, in cui era necessaria l' investigazione di un fatto. Più anticamente dietro una tal domanda si nominava subito un *judex:* ma dopo la *Lex Pinaria* potè questa nomina essere ancora differita. Sappiamo inoltre di quel tempo, che di rado si deveniva alla esecuzione di un *talio;* imperocchè, o si faceva una composizione, o, se il compulsato ricusava di accettarne la proposta, e non voleva, com' era naturale, che si applicasse il talione, il giudice potea determinare la pena in danaro (234). La introduzione dell' *actio aestimatoria*. fu quindi il prossimo passo. Il modo col quale si pro-

(231) L. 38. D. *de injur.*
(232) Cod. Theod. (9. 34.) Cod. Just. (9. 36.)
(233) Gaji Comm. IV. §. 11. 12. 15.
(234) Gellius XX. 1.

cedeva in essa davanti al Pretore si ricongiugne con un cambiamento generale, che aveva prevalso per lui nella procedura forense. Le *legis actiones* erano concepite con corte vedute, e si seguitavano con rigor letterale, perchè per la più parte si componevano delle parole medesime della legge (235). Divennero dunque alla fine incomode nell' applicazione: e così dall' editto furono introdotte le *formulae*, che erano più mobili (236). Nella nostra dottrina sembra che fossero stabiliti molti esemplari di queste formule, secondo che veniva richiesto dalle diverse dimensioni dell' *actio injuriarum*: e siamo lieti di poter dimostrare, che molti passi nella materia delle ingiurie abbiano ricevuto per mezzo di Gajo un senso abbastanza determinato.

Rispetto alla procedura, praticata nelle cause d' ingiurie, esisteva già nel *liber singularis de injuriis*, scritto da Paolo, un titolo apposito, di cui ci è stato conservato un brano nella *Collat. leg. mos. II.* 6.: nella esegesi del quale si può intrecciare tutto quello, che è dato dire di questo argumento. Quel brano comincia, come si è notato di sopra (§. 28.), con le parole dell' Editto: « *Qui autem injuriarum aget, certum dicat, quid injuriae factum sit, et taxationem ponat non minorem, quam quanti vadimonium fuerit* ». Per intender ciò esattamente, fa d' uopo aver presente l' ordine delle formule, che ci è stato reso noto nella sua connessione da Gajo. Or questi dice (237): *Partes autem formularum hae sunt* (il che non vuol già significare, che ogni formula abbia quattro parti, ma che le formule sieno ordinate alle sezioni della controversia giuridica): *demonstratio*, cioè la esatta designazione dell' oggetto; *intentio* cioè il nostro *pe-*

(235) Gaji Comm. l. c. §. 11.
(236) l. c. §. 30.
(237) Comm. IV. 39—44.

litum attuale; *adjudicatio*, e *condemnatio*. Ora nel passo, addotto di sopra, si prescrive primieramente dal Pretore, in qual modo debba esser formata la *demonstratio*: *certum dicat*. In questo senso Paolo dichiara più largamente: « *Certum dicit qui suo nomine* *demonstrat* *injuriam*, *neque ita*, *ut per disjunctionem hoc aut illud accidisse comprehendat*: *sed ut necesse habeat aut unam nomine suo rem destinare* (238), *aut plures ita complecti*, *ut omnes eas accidisse cogatur probare* (239) — *Demonstrat* *autem hoc loco denotat* (240) *non vocem agentis*, *sed* *qualem formulam* *edat* ». Il distinguere, se la *demonstratio* era abbastanza speciale, competeva al Pretore « *Certum autem*, *an incertum dicat*, *cognitio ipsius Praetoris est* ». Bensì per maggior sicurezza erano a questo effetto prescritte formule particolari. Quindi si dice inoltre appresso Paolo: « *Certum non dicit*, *qui dicit pulsatum*, *si sit verberatus*: *sed et partem corporis* *demonstrat*, *et quem in modum*, *pugno puta*, *an fuste*, *an lapide*, *sicut formula posita est*: Quod Auli Agerii pugno mala percussa est. *Illud non cogitur dicere*, *dextra an sinistra*, *nec qua manu percussit*. *Ita si dicat infamatum se esse*, *debet adjicere*, *quemadmodum infamatus sit*. *Sic enim et formula concepta est*. Quod Numedius Nigidius carmen emisit Aulo Agerio infamandi causa ». Per le ingiurie contro i servi erano prescritte altre formule (241). Se la *demonstratio* non era esatta, l' attore perdeva la causa (242).

(238) Io seguito qui la congettura di Pithou intorno al passo corrotto *nominis suo re*.

(239) Conf. L. 7. §. 4. D. *de injur.*

(240) In vece di *denotat* qui si legge comunemente *Prætor*, parola che non dà alcun senso. L'antica congettura di leggervi *denotat* è ora pienamente giustificata, in quanto che *demonstrat* è una parola tecnica, che Paolo voleva dichiarare.

(241) Gaji Comm. III. §. 222.

(242) Gaji Comm. IV. §. 60. « *Sed apud quosdam scriptum in-*

L'altra parte del passo soprallegato dell'Editto accenna a che debba esser rivolta la *intentio*. Questa non deve indicare una somma minore di quel che sia la cauzione giudiciale (il *vadimonium*) (243), prestata al principio della controversia. Ma il giudice conservava sempre il diritto di moderare la p etensione (244). Era per altro speciale il caso dell' *injuria atrox*, nel quale determinava la somma del *vadimoninm* il Pretore medesimo, che doveva così fissare in precedenza la stima dell' offesa. Ciò non ostante l' *judex* potea sempre ristringerla: ma nol facea volentieri a motivo dell' autorità del Pretore (245). Da ciò, ed in genere da questa universal precisione, si spiega ancora l' accuratezza, con la quale i romani giureconsulti procedevano nella determinazione della *injuria atrox* (246). Del resto la condanna rendeva anche *infamis* l' accusato (247).

Tal fu la procedura sotto l' Editto: ma più tardi nuovamente sofferse varie mutazioni. La *Lex Cornelia de injuriis* ordinò certamente un *judicium publicum* (248): ma non si conosce qual fosse la pena (249). I singoli

venimus—in omnibus (actionibus), quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret, demonstraverit, litem perdere: velut si quis — cui pugno mala percussa est, in actione injuriarum, esse aliam partem corporis percussam sibi demonstraverit».

(243) Conf. Gaji Comm. IV. §. 184—186, L. 10. §. 2. D. *Si quis caution. in jud. sist.*

(244) Gaji Comm. III. §. 224.

(245) Gajus l. c. A ciò si riferisce anche il luogo d' Ulpiano nella *Collat.* II. 2.

(246) L. 7. §. 7. 8., L. 8., L. 9. D. *de injur.* Gajus l. c. §. 225. §. 9. Inst. *de injur. ibique Theophil.*, Paul. Sent. Rec. V. 4. §. 10.

(247) L. 12. §. ult. D. *de accusat.*

(248) Non si può desumere alcuna prova dal passo corrotto di Paolo Sent. Rec. V. 4. §. 9.

(249) L. 1. D. *de his qui not.*

senatusconsulti stabilirono una pena pubblica (250). Sembra per altro, che l'*judicium publicum*, ordinato dalla *Lex Cornelia* andasse a poco a poco in desuetudine; perchè più tardi pe' casi medesimi, da quella legge contemplati, fu ammessa un' azion civile (251). Ai tempi d' Ulpiano poteva intentarsi un' azione civile per qualunque ingiuria (252): ma si poteva ancora proporre una pena straordinaria, che fu sovente assai rigida (253). Ai tempi di Giustiniano si rilasciava alla scelta dell' ingiuriato il promuovere un' azion civile in sua privata utilità, od una accusa penale per la pena straordinaria (254): ed egli poteva eleggere l'accusa penale, non solamente nelle ingiurie gravi (255), ma in tutti quanti i casi.

(250) L. 37. §. 1. D. *de injur.*
(251) L. 7. §. 6. D. *eod.*
(252) L. 6. L. 38. D. *eod.*
(253) L. 45. D. *eod.*, Paul. Rec. Sent. V. 4. §. 11. 13. 14. 16. 17.
(254) §. 10. Inst. *de injur. ibique Theophil.*
(255) Weber Delle ingiurie II. pag. 71—80

XIV.

INTORNO AL *CRIMEN VIS* (DISSERTAZIONE DI *WAECHTER*, ESTRATTA DAL TOMO XI. FASC. 3. DEL NUOVO ARCHIVIO DI DIRITTO CRIMINALE).

Il delitto di violenza, secondo la splegazione, che ne danno i moderni, avrebbe un' estensione troppo grande ed indeterminata, e sarebbe chiamato a ragione un maleficio vago. E ciò segnatamente accade rispetto alla violenza contro le cose, la quale oggidì vien distinta da quella contro le persone. Quando, come si suole, il delitto di violenza vien definito per ogni uso di forza ingiusta, che non formi un reato più determinato, e poi generalmente si osserva, che possono esserne obietto le persone, o le cose; è naturale, che se ne vengano ad allargare soverchiamente i confini. Così, considerando la sua direzione contro le cose, esisterebbe delitto pubblicamente punibile di violenza in ogni atto arbitrario, con cui si corrompa, si guasti, od anche si maneggi una cosa, che si ritrova nel possesso di altri, e persino nello strappare un foglio dal libro altrui.

Prescindendo dal vago di una simil dichiarazione, si potrebbe dubitare in contrario, se la medesima si trovi nel diritto romano: il quale con la pena elevata, che stabilisce pel *crimen vis*, non sembra stare in armonia con questo principio.

Il vocabolo *vis* nelle nostre fonti è certamente preso per ordinario in un senso assai generale. *Vis*, a tenore di molti passi, significa ogni azione intrapresa contro la volontà di un altro, o l'agente operasse con personale violenza, o contro l'altrui volontà precisamente dichiarata, o solamente impedisse all'altro di manifestare la sua contraria volontà. In questa larga eccezione si trova pigliata la parola *vis* nell' interdetto *quod vi aut clam*, e negl' interdetti *uti possidetis* ed *utrubi* (1). Quindi si potrebbe agevolmente credere, che quel significato fosse il fondamentale anche nel *crimen vis*: e in tal modo si verrebbe ad ammettere la estesa idea del medesimo, che è stata abbracciata da molti, ed accennata di sopra.

Ma *vis*, parimente nelle relazioni del diritto privato, ha pure un senso più stretto, al quale richiamò l'attenzione particolarmente il Savigny nelle sue ricerche intorno al possesso. Nell' interdetto *de vi*, e nella *vis*, che serve di fondamento all' *actio quod metus causa*, il vocabolo *vis* non significa qualunque atto arbitrario nel senso indicato di sopra, ma solamente quell' atto, che viene eseguito con personale violenza, e quindi costringendo la persona offesa, e limitando la sua volontà. Questa *vis* è ancora più precisamente contrassegnata con l'attributo *atrox*: e vien definita *majoris rei impetus, qui repelli non potest*, e *necessitas imposita contraria voluntati* (2). Le quali definizioni si riferiscono solamente a sforzamenti personali, e circoscrivono in una guisa evidente il più largo significato, riportato di sopra (3).

(1) L. 1. §. 5—9. D. *Quod vi, aut clam*, L. 20. pr. §. 1. 2. D. *eod.* Savigny Diritto del possesso §. 37. quinta edizione p. 431.

(2) L. 1. 2. D. *Quod met. cau.*

(3) La prova, che adduce il Savigny (l. c. §. 40. p. 467.) per mostrare, che la *vis atrox* non esprime il grado dell'azione violenta,

Ora è molto naturale, che a constituire il delitto, di cui facciamo parola, non si richieda una specie di violenza, minore di quella, che serve di fondamento all'interdetto *de vi*, ed all'*actio quod metus causa*: e di qui potremmo già sentirci inchinati ad ammettere, che ancora il *crimen vis* essenzialmente esiga uno sforzamento personale. A sostegno di che noi possediamo un altro argumento estrinseco. Nei titoli, che trattano del predetto significato più largo della *vis*, e degl' interdetti, in cui viene applicato il medesimo, il *crimen vis*, per quanto io conosco, non è menzionato. All' opposto nei titoli, che discorrono di quelle azioni, che si riferiscono alla più stretta idea della *vis*, cioè alla personale violenza, si fa più volte espressa allusione al *crimen vis*. Così la L. 1. §. 1. D. *de vi* dice: « *hoc interdictum proponitur ei, qui vi dejectus est:* poscia nel §. 3. dichiara: « *ad solam atrocem vim pertinet hoc interdictum:* » e fra questi due paragrafi è posta l' osservazione: « *ne quid autem per vim admittatur, etiam legibus Juliis prospicitur publicorum et privatorum, nec non et constitutionibus principum* ». Parimente nel titolo *Quod metus causa* è indicata le *Lex Julia* (4): e Giustiniano ancora nelle instituzioni fa menzione della *Lex Julia de vi privata aut de*

ma solamente la sua direzione alla persona del possessore, o del suo rappresentante, si riduce in ultima analisi a questa. Si dice dell'interdetto *de vi*, che esso *ad solam vim atrocem pertinet* (L. 1. §. 3. D. *de vi*). Nella L. 1. §. 29. dello stesso titolo si nota: « *Pomponius ait, vim* (*sc. in hoc interdicto*) *sine corporali vi locum non habere*». Poscia la L. 3. §. 1. D. *quod met. cau.* osserva *vim accipimus atrocem*, cioè nell'editto *quod metus causa:* ma in altri luoghi la violenza, di cui si tratta in questo editto, e perciò la *vis atrox*, è dichiarata così: « *vis enim fiebat mentio propter necessitatem impositam, contrariam voluntati* » (L. 1. eod.): e « *vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest* ».

(4) L. 12. §. 2. D. *Quod met. cau.*

vi publica in quel paragrafo, che tratta dell' interdetto *de vi* (5).

Di qui si potrebbe dichiarare sommamente verisimile, che il *crimen vis* essenzialmente richieda una violenza personale, e che ancora la *vis* commessa contro le cose appartenga al delitto di violenza allora soltanto che l' atto racchiuda in sè uno sforzamento della persona.

Ma questo risultato si può confermare con gli esempj dei passi, che parlano del *crimen vis*.

La personale violenza, che appartiene alla *vis* in senso stretto, ha lo scopo di costringere l' avversario a fare, o ad omettere, o a soffrir qualche cosa contro sua volontà. E può essere esercitata in due modi: o cioè per via di applicazione immediata di forze corporee sulla persona dell' avversario (fisica violenza), o per via di minaccie espresse (violenza compulsiva) (6). Le quali minacce non sono escluse neppure dal requisito della *vis corporalis*, richiesto da Pomponio nella L. 1. §. 29. D. *de vi* (V. la nota 3.). Imperocchè tanto per la cosa, che per l' effetto, è indifferente, che sia stata realmente usata la *vis corporalis*, o sieno state fatte serie minaccie con lo scopo di costringere: il che fu appunto osservato anche da Ulpiano nel passo citato, a maggior dichiarazione dell' affermazion di Pomponio (7). Basta ancora, che l' agente si presenti con tale apparato di forza da non far dubitare della sua intenzione di superare con la personale violenza ogni resistenza, che gli si volesse opporre, ancorchè nell' esecuzione non la incontrasse (8).

(5) §. 6. Inst. *de interd.*

(6) L. 1—7, L. 9. pr. D. *quod met. cau.* L. 4. L. 7. Cod. *de his quæ vi.*

(7) Savigny l. c. §. 31. e 40.

(8) « *Vi possidere cum definiendum est, qui expulso vetere pos-*

In qualunque caso una simil maniera di procedere constituirebbe un tentativo di personale violenza: ed in proposito del *crimen vis* sarebbe pur sempre applicabile il principio romano, in grazia del quale la penalità del conato si equipara a quella del consumato delitto.

Se dunque lo sforzamento personale è un elemento necessario del *crimen vis*, noi dovremo riconoscere, come requisito della essenza di fatto di questo delitto, che l' agente eserciti una violenza sulla persona, o per via di applicazione effettiva di forze corporee, o per via di minaccie, o presentandosi almeno con tale apparato di prepotenza da non lasciare in dubbio la sua intenzione di pervenire violentemente al suo fine.

A mostrare questo requisito noi potremmo addurre la maggior parte dei passi, che parlano della così detta violenza sopra le cose. Il solo danneggiare e guastare le cose altrui, che si ritrovano sotto la custodia di altri, e l' involarle semplicemente, non si reputa *crimen vis*. A ciò si richiede sempre espressamente, o il presentarsi con una forza, che escluda qualsivoglia resistenza, esempigrazia con una frotta di gente, o un armamento, che dia a conoscere una simile intenzione. Si confrontino a modo d' esempio i luoghi seguenti, nei quali si dichiara incorrere nel *crimen vis* » *qui convocata seditione villas expugnaverint, et cum telis et armis bona rapuerint* (L. 3. §. 2. D. *ad L. Jul. de vi publ.*): *qui in incendio cum gladio et telo rapiendi causa fuit, vel prohibendi dominum res suas servare* (L. 3. §. 5. *eod.*): *qui hominibus armatis possessorem domo, agrove suo, aut navi sua dejecerit, concursu* (L. 3. §. 6. *eod.*): *ut ive id staret* (*al. fieret*) *homines com-*

sessore adquisitam per vim possessionem obtinet: aut qui in hoc ipsum aptatus et præparatus venit, ut contra bonos mores auxilio, ne prohiberi possit ingrediens possessionem, facit (*al. faciat; al. vim faciat*) ». L. 1. §. 28. D. *de vi*.

modaverit (L. 4. *eod.*): *qui coetu*, *concursu*, *turba*, *seditione incendium fecerit* (L. 5. *eod.*) (9): *qui aedes alienas, aut villas expilaverint*, *effregerint*, *expugnaverint*, *si quidem in turba cum telo fecerint* (L. 11. *eod.*) (10). Anche il titolo *Ad L. Juliam de vi privata* riferisce come esempj solamente il *rapere ex naufragio*, il *diripere aliquid de naufragiis*, il *dejicere ex agro hominibus congregatis*, ed altri simili atti.

Soltanto pochi passi potrebbero risvegliar qualche dubbio in contrario. Uno di questi dichiara, che l' azione cade sotto la *Lex Julia de vi privata* « *si nulli convocati, nullique pulsati sunt, per injuriam tamen ex bonis alienis quid ablatum sit* » (L. 3. §. 2. D. *ad L. Jul. de vi priv.*). Qui non si contiene alcun cenno, onde sia dato arguire la necessità di una personale violenza. E la L. 52. §. 3. D. *de furtis* « *si quis ex domo, in qua nemo erat, rapuerit* » sembra ammettere come possibile una rapina, e perciò un caso di *crimen vis*, senza personale violenza.

Ma, per quello che concerne il primo passo, noi nol possiamo prendere così generalmente, come apparisce in sè stesso, e distaccato dalla sua connessione con ciò che precede; perocchè altrimenti bisognorebbe dichiarare *crimen vis* qualunque ingiusto involamento di una cosa. Che se questo passo si considera in connessione con ciò, che immediatamente precede, si fa subito chiaro, che il *vim facere* dei paragrafi antecedenti dee riferirsi anche ad esso, e così non è dubbio, che il testo addotto parli di *vim facere* ad oggetto di *auferre bona per injuriam* (11). Laonde la cosa dipende qui di

(9) V. la dissertazione di Hofacker sul delitto d' incendio, la quale conferma, spiegando questo passo, la mia opinione.

(10) Conf. anche la L. 3. §. 1. D. *de incend.*

(11) La L. 2. in fatti dice « *hac lege tenetur qui convocatis*

bel nuovo dal significato di *vis*: e noi, a tenore di quanto si è detto, non andremo errati, se nel dubbio riterremo sempre quel vocabolo nel senso più stretto. Così lo sradicare o il tagliare ingiustamente gli alberi altrui non è un *crimen vis*; e postochè i medesimi sieno stati ancora sottratti, l'azione non vien dichiarata rapina. In simili casi sono esperibili, secondo le circostanze, le *actiones arborum furtim caesarum*, *ex L. Aquilia*, *furti*, e *quod vi aut clam*. All'incontro la cosa procede altrimenti, se uno *per vim sciente domino caedit* (L. 8. §. 3. D. *arb. furt. caes.*). Ma lo *scire* non basta, ed il *caedere* per sè solo non constituisce una propria *vis*.

Rispetto al secondo passo si sostiene per ordinario, che a porre in essere la rapina basti una semplice violenza sopra le cose, e così anche una rottura in un edifizio disabitato, senza violenza personale di sorta (12). Ma sembra, che si possa dubitare della giustezza di sì fatta opinione.

Se si prescinda in fatti dal sopraccitato *rapere ex domo, in qua nemo erat*, noi non incontriamo alcun passo, che in grazia della semplice violenza sopra le cose dichiari rapina la sottrazione. All'opposto molti passi, che parlano espressamente di questo caso, riguardano l'azione per un semplice *furtum*, o chiamano *effractor* l'agente, ma non usano mai del verbo *rapere*: ed ancor-

hominibus vim fecerit, quo quis verberetur, pulsaretur ». La L. 3. pr. dichiara, essere indifferente, che *ad vim faciendam* si convocassero uomini liberi, o servi: il §. 1. aggiunge, che ancora i convocati *eadem lege tenentur*: ed il §. 2. termina osservando, che quand'anche non fossero state convocate persone, e niuno fosse stato battuto, ma solamente *per injuriam ex bonis alienis quid ablatum sit*, ha luogo la *Lex Julia*. In tutto questo passo si parte per conseguenza dal *vim fecerit*.

(12) V. esempigrazia Janus a Costa *in Instit.* L. IV. tit. 2. Matthaeus *de crim.* Lib. XLVII. tit. 2. cap. 1.

chè facciano menzione di una pena straordinaria più grave, non rammentano mai quella della *Lex Julia* (13), di cui toccano così di frequente nella rapina (14). Inoltre sarebbe un eccesso il voler ammettere la rapina in ogni violenza sopra le cose; perocchè si ritroverebbe quel titolo anche in qualsivoglia occulta rottura di edifizj o di casse, eseguita ad effetto di rubare. E ciò starebbe in contradizione con le più precise dichiarazioni delle nostre fonti: le quali escludono dalla rapina ogni *clam amovere*, sebbene commesso con frattura o danneggiamento di cose, e in quel delitto richiedono l'aperta violenza. Ma l'aperta violenza esiste, quando uno si presenta con tale apparato di forza, da mostrar che non teme di qualunque resistenza, o quando procede allo sforzamento personale (15). Così, anche nella nostra veduta della limitata estensione del *crimen vis* e della rapina, può ammettersi come possibile un *rapere ex domo, in qua nemo erat*, tostochè l'agente comparisse con aperta prepotenza, ed in guisa tale, da manifestar l'intenzione di superare ogni resistenza personale. Pel *rapere* sempre si richiede nelle fonti espressamente la *vis*. E nel dubbio la *vis* dee prendersi nel senso stretto sopraccennato, cioè relativo a personale violenza: non già nel senso lato, che starebbe, come si è detto, in contradizione con altri passi.

Potrebbe sollevare qualche difficoltà contro le cose dichiarate l'Editto, col quale Marco Aurelio constituì,

(13) Boehmer *Meditat. in C. C. C. ad art.* 126. §. 4. dichiarò dubbia la quistione, se il diritto romano ammettesse la rapina nella semplice violenza sulle cose.

(14) L. 22. pr. §. 1. D. *de furtis* — L. 1. §. 2. L. 2. D. *de effractor.* — L. 3. §. 2. *de off. præf. urb.* — L. 1. *de fur. baln.*

(15) L. 3. §. 5. D. *de incend.* — L. 2. §. 1. 9. 21. 23. D. *vi bonor. rapt.* — L. 20. §. 5. D. *de injur.* — §. 1. Inst. *de vi bonor. rapt.* — Nov. 134. cap. 13. — Erhard *de furti notione.*

che venisse trattata, come *vis*, ogni ragion fattasi, ancorchè eseguita senza personale violenza (16). Ma per due motivi non si può da questo Editto desumere una prova contro le nostre asserzioni. In primo luogo Marco Aurelio non parla del *crimen vis*, ma di un caso, che egli parifica alla *vis* sotto certe relazioni, e per cui stabilisce una *pena privata*. Che quel caso debba trattarsi come *crimen vis*, non si trova detto in alcun luogo. Per vero dire, due altri passi sembrano dichiarare *crimen vis* qualsivoglia occupazione arbitraria delle cose del debitore vero, o supposto (17). Ma (e questa è la seconda ragione contro l'addotta obiezione) quando si prendono questi passi così generalmente, come suonano, possono riguardarsi soltanto per una singolarità, dalla quale non lice dedurre alcuna conclusione per la essenza del *crimen vis* (18). Imperocchè il *bona occupare*, ed il *res pignori capere*, onde parlano questi luoghi, potrebbe accadere ancora per mezzo di occulta sottrazione: e, che questa non fosse riputata *vis* dai Romani, è cosa incontroversa, e si rileva ancora dai documenti riportati di sopra in proposito della *rapina*. Molti ammettono poi, che la ragion fattasi debba punirsi, come pubblico delitto di violenza, solamente allorchè fu eseguita con sforzamento effettivo (19): e gli altri passi delle nostre fonti, i quali, ad eccezione di quelli citati nella nota 17, parlano

(16) « *Vis est tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit* » L. 13. D. *Quod met. cau.* — L. 7. D. *ad L. Jul. de vi priv.*

(17) L. 8. D. *ad L. Jul. de vi priv.* = Const. 1. Cod. *eod.*

(18) Di questo parere è lo Schulting *ad Paul. sent. rec.* V. 26. §. 4. Egli dichiara questi passi, considerandoli come una più lata estensione del decreto di Marco Aurelio.

(19) Feuerbach Elem. §. 188. 189. Grolman Elem. §. 344. 345.

di questo punto, potrebbero fornire un valido sostegno a sì fatta opinione (20).

In conseguenza delle cose esposte, l'essenza del delitto di violenza dovrebbe consistere in quell' azione, con la quale l'agente si propone di determinare un individuo a fare, ad omettere, o a soffrir qualche cosa suo malgrado, e perciò di limitare sotto certe relazioni la libertà della risoluzione, tanto usando di forza fisica, o di forza compulsiva contro la persona, quanto operando in maniera da non lasciare in dubbio l'intenzione di vincere qualunque resistenza, per mezzo di sforzamento personale.

Ammessa la limitazione della volontà di una persona (21), come essenza del *crimen vis*, questo viene a distinguersi esattamente dagli altri delitti, e segnatamente dall'omicidio, dal ferimento, e dal semplice danno dato, tuttochè con essi possa idealmente concorrere.

(20) L. 12. §. 2. D. *Quod met. cau.* (Questo frammento parla di *vim adhibere debitori suo, ut solveret*, e così di personale violenza) — L. 5. Cod. *ad L. Jul. de vi* (*in possessionem fundi per vim ingredi*) — L. 2. 3. Cod. *vi bonor. rapt.* (*res mobiles violenter abripere, et res obligatas vi rapere*) — Paul. rec. sent. V. 26. §. 4. (*sine jussu præsidis per vim debitoris sui pignora accipere*).

(21) Quindi si spiega il perchè incorre nel *crimen vis* « *qui cum imperium potestatemve haberet, civem romanum adversus provocationem necaverit, verberaverit* » L. 7. D. *ad L. Jul. de vi publ.*

FINE DEL TOMO I.

ERRATA		CORRIGE
Pag. 185. v. 11.	nei nuovi codici	dai nuovi codici
— 217. v. 18.	6) È notorio	b) È notorio
— 228. v. 1.	*Condizioni obietti- ve — Della penali- tà del conato*	*Condizioni obiettive della pena- lità del conato*
— 290. v. 5.	*comberere*	*comburere*
— 296. v. 7.	benchè portavano se- co	perchè portavano seco
— 364. v. 11.	e da queiio *stelliona- tus*	e da queila *stellionatus*
v. 22.	*actio injurarum*	*actio injuriarum*